

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Trabajadoras inmigrantes en España: un supuesto de doble discriminación

Fabiola Vergara Ceballos

Diciembre de 2015

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	8
1.1 Sobre los flujos migratorios	8
1.2 El dilema de la integración.....	24
1.3 Feminización de los flujos migratorios	30
1.4 Estatutos jurídicos de los extranjeros en España.....	33
1.4.1 De los derechos pertenecientes a la persona en cuanto tal	38
1.4.2 De los derechos atribuibles exclusivamente a los españoles.....	44
1.4.3 De los derechos y libertades de que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las Leyes.....	44
CAPÍTULO II.....	57
1.5 Consideraciones generales en torno a la igualdad.....	57
1.5.1 De la igualdad formal	59
1.5.2 De la igualdad real, sustancial o material	62
1.6 Sobre la prohibición de discriminación.....	71
1.6.1 La raza como factor de discriminación prohibida	73
1.6.1.1 De la discriminación racial en el mercado laboral español.....	80
1.6.2 El sexo como factor de discriminación prohibida.....	86
1.6.2.1 Igualdad de trato y discriminación por sexo y género en el mercado de trabajo español.....	94
1.6.2.1.1 La desigualdad retributiva	97
1.6.2.1.2 Despido discriminatorio por razón de sexo	101
1.6.2.1.3 El acoso sexual y por razón de sexo.....	108
ANEXO CAPÍTULO II	114
CAPÍTULO III.....	119

1.7	Mujer, familia y sociedad.....	119
1.7.1	De la evolución de la familia	120
1.7.2	De la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales y los instrumentos para el logro de este objetivo	125
1.7.3	De las licencias parentales en la legislación española	128
1.7.3.1	La licencia por maternidad	128
1.7.3.2	Permiso parental por paternidad	130
1.7.3.2.1	<i>Supuestos de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo.....</i>	131
1.7.3.3	Las licencias parentales	139
1.7.3.4	Las excedencias laborales.....	142
1.7.4	Modalidades feminizadas de contratación laboral. El trabajo a tiempo parcial	149
1.7.4.1	Regulación del trabajo a tiempo parcial en el Estatuto de los Trabajadores.....	151
1.7.4.2	De las horas complementarias	158
1.7.4.3	Protección social de los trabajadores a tiempo parcial	166
1.7.4.4	De la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial	169
1.7.4.5	De la prestación por desempleo	174
1.7.4.6	La prestación económica por incapacidad temporal.....	178
	CONCLUSIONES.....	180
	BIBLIOGRAFÍA.....	192

ABREVIATURAS

CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LGSS	Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de junio
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su integración social
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RLOEX	Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su integración social

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Si bien la historia de la humanidad da cuenta de los permanentes traslados territoriales emprendidos por los hombres a regiones lejanas e incluso desconocidas, el siglo XX fue testigo de importantes modificaciones a este fenómeno inmigratorio. En efecto, a partir de la segunda mitad de la pasada centuria los movimientos migratorios tanto dentro como fuera de las fronteras de los Estados se han intensificado al punto que, en la actualidad, es habitual que en un mismo territorio convivan individuos con tradiciones y culturas diversas e incluso incompatibles. Por cierto, los traslados territoriales lejos de detenerse aumentan cada día lo que permite sostener que la inmigración es un fenómeno instalado en la sociedad contemporánea; en este contexto cobra renovada importancia la adopción de políticas públicas y acciones que efectivamente permitan conciliar las diferencias culturales e integrar a los inmigrantes en la sociedad de acogida, único modo de alcanzar una armónica convivencia social.

Ahora bien, los cambios experimentados por los flujos migratorios no se limitan a la intensificación de los mismos sino que también están referidos a la composición de aquellos. En efecto, producto de las transformaciones en la familia y el rol de la mujer en la sociedad, desde hace años se asiste a la feminización de los traslados territoriales pues cada vez más son las mujeres las que los emprenden, muchas veces como primer eslabón de la cadena migratoria. Esto trae consigo problemas tales como la desintegración de familias con el consiguiente abandono y desprotección de los hijos que quedan en la sociedad de origen (emerge entonces el derecho a la reagrupación familiar y la necesidad de una adecuada regulación del mismo) y las especiales dificultades de integración de la mujer inmigrante en la sociedad de destino. Efectivamente, en esta última aquella tiene una posición de especial vulnerabilidad frente a abusos de diversa índole en los diferentes espacios sociales, incluido el laboral lo que, por cierto, dificulta el éxito del proyecto migratorio emprendido muchas veces con la expectativa del asentamiento definitivo en la sociedad de destino, en el entendido

que uno de los objetivos del mismo es incorporarse al mercado de trabajo de la sociedad de destino para, de esa forma, obtener mejores condiciones de vida.

Las problemáticas asociadas al fenómeno inmigratorio mundial no son ajenas a la sociedad española; de hecho el legislador español reconoció que atendidas las repercusiones del fenómeno inmigratorio en los órdenes político, económico, jurídico y social aquél es un hecho estructural, no coyuntural, al tiempo que desde la década de 2000 España invirtió su pauta migratoria pasando de país de emigración a uno de inmigración en el que el colectivo femenino está cada día más presente. De ahí entonces que sobre la base de las reflexiones expuestas la hipótesis que se plantea esta investigación es si en la sociedad española el colectivo femenino inmigrante es víctima de discriminación que lo coloca en una posición de especial vulnerabilidad tanto frente a la población autóctona como a los varones inmigrantes. y cuáles serían las causas – normativas y fácticas– de dicho fenómeno. Con el objeto de dar respuesta a esta hipótesis se analizará, en primer lugar, el fenómeno inmigratorio y las características y transformaciones del mismo en la época contemporánea para, a continuación, estudiar la legislación española pertinente particularmente los estatutos de los extranjeros en España, la consagración de los derechos de igualdad y no discriminación y los factores de discriminación prohibida con especial atención al sexo y la raza, y las modalidades contractuales y políticas públicas dirigidas a conciliar las obligaciones familiares y profesionales. El análisis comprenderá, asimismo, los aspectos fácticos que pueden incidir en el mantenimiento de esta situación.

CAPÍTULO I

1.1 Sobre los flujos migratorios

Cada día son miles los hombres y mujeres que emprenden traslados territoriales con motivaciones de diversa índole tales como las disparidades de ingreso entre regiones de un mismo país o entre países distintos, las políticas laborales y migratorias de los Estados, los conflictos políticos (que impulsan la migración dentro del mismo país o la transfronteriza) y la degradación del medio ambiente, incluida pérdida de tierras de cultivo, bosques y pastizales¹. Y aun cuando el fenómeno migratorio internacional ha sido una constante en la historia de la humanidad, ellos adquirieron especial relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XX como consecuencia de la necesidad de reasentamiento de alrededor de once millones de personas desarraigadas por la guerra². Un dato a tener presente es que, a diferencia de lo que sucedía en las décadas de los cincuenta, sesenta e incluso setenta, en la actualidad muchos individuos emprenden

¹ En su Informe de 2005 para la ONU la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales indica que se agregan, como rasgos comunes de las naciones de origen de la inmigración, las catástrofes y las enfermedades, las guerras, la corrupción, la ineficiencia de algunos gobiernos, la falta de libertad y de instituciones democráticas, la ausencia de un trabajo decente y la falta de perspectivas de desarrollo.

² En esta tarea tuvo un papel clave la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) conocida inicialmente como Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de Migrantes desde Europa (PICMME). Dicha Organización, creada en 1951 tras el caos y los desplazamientos en Europa occidental consecutivos a la Segunda Guerra Mundial, ha tenido cambios sucesivos de nombre –del PICMME a Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME) en 1952, pasando por Comité Intergubernamental para las Migraciones (CIM) en 1980 hasta convertirse en la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en 1989– que reflejan la transición de la Organización a lo largo de medio siglo. En <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-iom-1/history.html>. Visitada el 01/02/2013.

proyectos migratorios con la intención de establecerse por períodos más o menos prolongados en las sociedades de destino, lo que impone a estas últimas importantes desafíos.

Quien emprende un proyecto migratorio recibe el nombre de *migrante*, término que generalmente se utiliza para cubrir todos los casos en que la decisión de emigrar ha sido tomada libremente por la persona interesada por razones de “conveniencia personal” y sin intervención de un factor de peso externo; ONU agrega que queda comprendido en esa categoría el que ha residido en el extranjero durante más de un año –por lo tanto quedan excluidos quienes viajan por períodos más cortos, como los turistas y los empresarios– independientemente de que las causas para migrar sean voluntarias o involuntarias y de que los medios utilizados para ello sean regulares o irregulares. Por cierto y habida cuenta de que los proyectos migratorios no son unívocos sino que, por el contrario, tienen motivaciones diversas, no hay un tipo homogéneo de inmigrante, no existe “el inmigrante” y se habla de emigrantes a corto plazo –por ejemplo, los trabajadores agrícolas de temporada que viajan por períodos cortos para trabajar la siembra o cosecha de productos agrícolas– y del migrante económico que es la persona que ha dejado su lugar de residencia o domicilio habitual para buscar, en un país distinto al de origen, mejores niveles de vida; precisamente la pobreza, el paro y la desigualdad imperantes en las naciones de origen de la emigración aparecen como una de las motivaciones para que los nativos de países empobrecidos busquen mejores oportunidades de desarrollo y bienestar en otros más ricos y prósperos³. La noción de

³ Esta realidad da origen al fenómeno conocido como “éxodo de profesionales” o “fuga de cerebros”, entendido como la migración de los jóvenes más educados de países en desarrollo a otros más industrializados en los que llenan las lagunas en la fuerza laboral existentes, porque tienen la percepción de que en su país de origen y en un puesto de trabajo acorde con sus cualificaciones no podrán obtener un salario mayor al que reciben en la sociedad receptora. Este fenómeno es uno de los efectos indeseados de la inmigración y uno de los problemas más graves para la sociedad de origen de la misma porque ocasiona en ésta la pérdida de su población más calificada, hecho que dificulta la formación de la masa crítica necesaria para la industrialización y la innovación lo que, a su vez, provoca la rebaja de la

migrante económico también se utiliza para hacer referencia a personas que intentan ingresar en un país sin permiso legal o utilizando procedimientos de asilo de mala fe, así como a quienes se establecen fuera de su país de origen por el periodo de duración de un trabajo de temporada (por ejemplo, los temporeros de cosechas agrícolas). Por cierto, la noción de migrante se distingue de la de “refugiado”, esto es, la persona que huye por persecución, y de la de “refugiado de *facto*” que es aquél que huye por violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos⁴.

Ahora bien, la inmigración es un fenómeno global pues los traslados territoriales se verifican tanto dentro como fuera de las fronteras de los Estados y en ellos aparecen involucrados la sociedad de origen del traslado territorial –aquella de la cual procede el migrante o flujo migratorio– la sociedad receptora o de destino –el tercer país que recibe a una persona o flujo migratorio– y el o los países de tránsito –cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al

rentabilidad del capital y la reducción de las posibilidades de crecimiento a largo plazo. Por lo mismo, el Consejo Europeo sostiene que los Estados miembros no sólo deben abstenerse de proceder a la contratación activa de personal en los países en desarrollo en los sectores que sufran escasez de personal (por ejemplo, en los sectores sanitario y educativo) sino que también reforzar las políticas y principios éticos de contratación mediante el desarrollo y la aplicación de mecanismos, directrices y otros instrumentos destinados a facilitar la migración circular y temporal, reducir al mínimo el impacto negativo y aprovechar al máximo el impacto positivo de la inmigración de trabajadores altamente cualificados de los países en desarrollo, promover la captación de cerebros y los programas de retorno asistido. Cfr. CESE, 2008 y Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. D.O. L 168, de 30 de junio de 2009, pp. 24 a 32.

⁴ En 2015 la guerra civil en Siria entra en su cuarto año con aproximadamente 200.000 muertos y 18 millones de víctimas entre refugiados y desplazados interiores; un conflicto entre rebeldes sirios y el gobierno de Bashar al-Assad que según cifras de la ONU, es el más grave desde Vietnam. Disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/01/150130_siria_guerra_civil_paz_m_aguirre (consultada el 31 de noviembre de 2015) y <http://www.cnnchile.com/noticia/2013/09/03/mas-de-dos-millones-de-refugiados-deja-como-saldo-el-conflicto-belico-en-siria> (consultada el 19/09/2013).

Estado de origen o al Estado de residencia habitual⁵. En efecto, mientras el número aproximado de quienes cambian su lugar de residencia habitual dentro del propio país –migrantes internos– asciende a 740 millones de individuos, quienes cruzan las fronteras de su propio país para desplazarse a otras naciones alcanzan los 215 millones de personas, la mitad de las cuales son mujeres, que representan el 3 por ciento de la población mundial⁶. Habida consideración de que en la actualidad existen inmigrantes que vinculan sus proyectos migratorios a dos o más sociedades, desarrollando así las denominadas comunidades transnacionales, los flujos migratorios tienen una dimensión planetaria, es imposible examinarlos desde la perspectiva de un Estado nacional y, en verdad, “[m]ás que un fenómeno de geografía humana se convierten en un rasgo, una constante estructural que afecta por tanto al mundo entero” (DE LUCAS, Javier: p. 5). Por lo mismo, toda situación inmigratoria debe estimarse no como un problema localizado sino que desde una perspectiva global en la que todos Estados involucrados (emisores, receptores y de tránsito) enfrente aquella como un fenómeno necesario y positivo en el contexto de los compromisos adquiridos, incluida la inversión para el codesarrollo de los países de emigración (Programa GRECO, 2001). La adopción de soluciones políticas eficaces en la materia exige, además, saber quiénes son los emigrantes –regulares e irregulares– y por qué se trasladan territorialmente; sólo de este modo se puede dar respuesta satisfactoria a las cuestiones vinculadas al fenómeno migratorio tales como la circularidad entre los países de destino y de origen y sus variadas casuísticas de cualificación y estacionalidad, el establecimiento y mantenimiento de vínculos de diversa índole –familiares, comunitarios, económicos, asociativos, políticos, identitarios, etcétera– entre los países de destino y procedencia

⁵ La OIT entiende por Estado de empleo aquel donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso. Vid. art. 6.a.b) y c) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de la Organización Internacional del Trabajo, de 1990.

⁶ Cfr. BANCO MUNDIAL, Datos sobre migración y remesas 2011, 2ª edición, p. 3. Disponible en <http://www.worldbank.org/prospects/migrationandremittances>

que provocan el surgimiento de redes y campos sociales transnacionales cuya naturaleza y dinámica pueden superar las fronteras de los Estados, la reorientación de los flujos según los cambios de la economía global y de las condiciones laborales y socioeconómicas de los países involucrados y los flujos de retorno⁷ intermitentes, provisionales o permanentes (MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, PECCI 2011-2014). En el entendido que la comprensión del fenómeno en análisis debe considerar los múltiples factores que influyen en la decisión de emigrar (políticos, sociales y económicos) la propuesta que se ha levantado desde parte de la doctrina es examinar “[...] las interconexiones entre diferentes flujos migratorios; la importancia de la agencia, autonomía, percepciones, factores culturales e históricos y las limitaciones institucionales; la compleja naturaleza multinivel y transnacional de la migración y la importancia de los grupos sociales y las relaciones –incluyendo las redes de la migración– que atraviesan las localizaciones de “emisión”, “recepción” y tránsito de los migrantes, para condicionar las dinámicas y las experiencias de la migración y de una serie de actores dentro de estas localidades” (COLLINSON, S. 2009). Dado que esta serie de factores dan cuenta de la complejidad de los procesos migratorios y de las repercusiones que éstos tienen en todas las dimensiones de la vida social se promueve un estudio interdisciplinario de los mismos que comprenda, por de pronto, las

⁷ La Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, entiende por retorno el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país a su país de origen, a un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido. En el ámbito comunitario se destaca la necesidad de que los Estados miembros den solución a las dificultades asociadas al retorno –falta de medios financieros para retornar, imposibilidad establecida por la legislación de regresar al Estado receptor o pérdida de los derechos de pensión tras la jubilación, entre otras– para así alcanzar el objetivo es constituir un continuo flujo de experiencias y beneficios para los países de origen y de acogida. Cfr. COMITÉ DE LAS REGIONES, Dictamen Plan de política en materia de migración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración, 2007/C 146/01, p. 6.

Cfr. MINISTERIO DEL TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Plan de Ciudadanía e Integración 2011-2014*, 2011, p. 30.

perspectivas del derecho, la economía y la sociología; el desafío es la síntesis de estos y otros puntos de vista para responder al desafío que plantea el fenómeno en análisis. Por cierto, al haber tantos factores en juego las combinaciones posibles se hacen infinitas adquiriendo un papel crucial el contexto, entendido como el vínculo entre la migración y otras relaciones económicas, sociales, políticas y culturales en lugares particulares y en una determinada coyuntura histórica (CASTLES, S., 2010: pp. 152-153).

Entre las características que presentan los flujos migratorios en la actualidad se cuentan su diversidad, la dualización en el trato de los mismos conforme a la cual se distingue entre flujos deseables (los de trabajadores cualificados y de empresarios) y no deseables (trabajadores no cualificados) y la fuerza que de forma paulatina y creciente adquieren las redes informales como modo de organización y comunicación que trasciende las fronteras nacionales; en todo caso, la intensificación de la movilidad humana en sus diferentes modalidades (refugiados, migrantes laborales, turistas, desplazados por empresas, por estudios, por catástrofes y conflictos, entre otros) es uno de los caracteres más sobresalientes. En efecto, si bien la migración ha sido un aspecto normal de la vida y cambio social⁸, el siglo XXI es considerado como la era de la fluidez y la apertura en la que los cambios en los transportes, la tecnología y la cultura han provocado que la gente piense más allá de las fronteras y quiera cruzarlas por motivos de estudio, promoción profesional, matrimonio, jubilación o estilos de vida (CASTLES, 2010: p. 143). Las cifras proporcionadas por OIM sirven para ilustrar estas ideas: si en

⁸ La razón para la expansión de la inmigración desde el siglo XVI –especialmente de largas distancias– fue la aceleración del ritmo de cambio relacionado con el desarrollo del mercado capitalista mundial (la migración campo-ciudad propio de la primera revolución industrial es un ejemplo de ello). La formación del Estado-nación y la expansión colonial e imperialista envolvieron conflictos, violencia, desplazamientos inducidos por el desarrollo y el aumento de la migración forzada. La migración en el período colonial tomó la forma de movimiento de administradores, comerciantes y personal militar y también incluyó la basada en la desigualdad y la coerción: esclavos, trabajadores contratados, etc. CASTLES, Stephen, “Comprendiendo la migración global: una perspectiva desde la transformación social”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 36, N°10, 2010, pp. 144 -145.

2002 el número de migrantes internacionales ascendió a ciento cincuenta millones, en la actualidad es de catorce millones, lo que equivale al 3,1 por ciento de la población mundial; es decir, hoy una de cada treinta y tres personas en el mundo es un migrante, en tanto que en 2000 lo era una de cada treinta y cinco personas⁹. Asimismo, mientras que al año 2011 vivían en la Unión Europea 20,5 millones de nacionales de terceros países, lo que hace referencia al 4 por ciento de su población total, al 30 de septiembre de 2012 el número de extranjeros en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor era de 5.363.688, cifra que muestra un incremento del 0,56 por ciento (29.883 extranjeros residentes más) respecto del trimestre anterior. Cabe agregar que en relación a septiembre de 2011 se observó un incremento del 3,25 por ciento (168.758 residentes más) que se corresponde con un incremento del 4,34 por ciento en Régimen Comunitario y del 2,22 por ciento en Régimen General, lo que representa un aumento de 109.235 y 59.523 residentes, respectivamente¹⁰. Sin perjuicio de que la crisis

⁹ Cfr. Tendencias de las Naciones Unidas relativas al contingente internacional total de migrantes: La revisión de 2008, en <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1> Adicionalmente, cabe apuntar que el porcentaje de migrantes se ha mantenido relativamente estable respecto de la población total, aumentando durante el último decenio tan sólo en un 0,2 por ciento. En <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts--figures-1.html>

¹⁰ Al año 2012, del total de residentes extranjeros el 48,97 por ciento del total (2.626.503) se incluían en el Régimen Comunitario –régimen jurídico de extranjería aplicado a los nacionales de la Unión Europea y de los países de la AELC-EFTA, así como a sus familiares y los familiares de españoles que sean nacionales de terceros países– y el 51,03 por ciento del total (2.737.185) en Régimen General –régimen jurídico que se aplica a los nacionales de terceros países, salvo que les sea de aplicación el Régimen Comunitario–. Del total de extranjeros en Régimen General, el 30,08 por ciento eran marroquíes (822.923 residentes); le seguían Ecuador y Colombia, con 358.437 y 219.632 residentes respectivamente. Cabe agregar que el número de inmigrantes marroquíes ha experimentado un incremento interanual de 28.562 residentes, es decir, de un 3,60 por ciento, mientras que el número de ecuatorianos y colombianos ha descendido en 17.091 y 7.272 respectivamente, es decir, disminuciones del 4,55 por ciento y del 3,20 por ciento con respecto al año anterior. Por el contrario, India, Pakistán, Paraguay y Senegal mostraron los mayores incrementos porcentuales tanto con respecto al trimestre anterior (2,20

económica ha obligado a muchos inmigrantes a retornar a sus países de origen, es posible sostener que desde la década de 2000 España se ha convertido en destino de los flujos migratorios y, por su situación, en un punto de tránsito hacia otros Estados cuyos controles fronterizos, en las rutas desde España, han sido eliminados o reducidos sustancialmente. Y si bien es cierto que el número de inmigrantes en España es comparativamente inferior al existente en otros países del entorno pertenecientes a la UE (Alemania, Francia o el Reino Unido) ello no debe llevar a restar protagonismo a esta realidad migratoria cuya trascendencia es evidente en el momento actual y aún más en el futuro (Programa GRECO, 2001). Este análisis también debe tener en cuenta que los controles de las fronteras nacionales y la cooperación internacional para la gestión de la inmigración se han vuelto muy restrictivos pues la gente no tiene los recursos económicos ni los derechos políticos necesarios para el libre movimiento; por lo tanto, hoy más que nunca el derecho a ser móvil es más selectivo y específico de ciertas clases (BAUMAN, Z., 2008).

De conformidad con lo expuesto, el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión y tiene tales repercusiones en los órdenes político, económico, jurídico y social que debe ser regulado como un hecho estructural, no coyuntural, exigiendo de los poderes públicos el desarrollo de una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo¹¹. En este sentido LOEX dispone que sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, corresponde al Gobierno español la definición, planificación, regulación y desarrollo de una política de inmigración

por ciento, 2,17 por ciento, 1,67 por ciento y 1,37 por ciento) como a septiembre de 2011 (7,86 por ciento, 9,86 por ciento, 16,44 por ciento y 8,00 por ciento) respectivamente.

¹¹ Cfr. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. B.O.E. Núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

(artículo 2.bis.1¹²); además, intenta concretar una serie de orientaciones dirigidas a articular las políticas de las diferentes administraciones cuyas competencias pueden tener una incidencia significativa en materia de inmigración (artículo 2.bis.2), lo que constituye una novedad pues hasta 2009 aquellas quedaban plasmados en los planes plurianuales de inmigración y/o ciudadanía (por ejemplo, en el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010). De este modo, los principios consagrados por LOEX son la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea; la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo; la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España en los términos previstos en la Ley; la garantía del

¹² Este artículo fue incorporado por LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Llama la atención que la norma otorgue al Gobierno un rol importante en política migratoria habida consideración de que la disposición constitucional aludida –artículo 149.1. 2ª– precisa que es el Estado el que “tiene competencia exclusiva sobre las [...] materias [de] Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Por lo mismo, parece necesario identificar la expresión “regulación” con regulación reglamentaria que sí corresponde habitualmente al Gobierno, al igual que las actividades de planificación y desarrollo de la política migratoria; es decir, se debe hacer una interpretación estricta de la norma en cuestión. Cabe agregar que si bien la definición de tal política es una competencia del Gobierno, en mayor o menor medida el Parlamento también puede incidir en ella.

Por otra parte y aun cuando en el apartado primero del artículo 2.bis LOEX hay un reconocimiento expreso de las competencias que en materia de definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración ostentan las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, no queda claro cuál es el alcance de tales competencias ni las formas en que sus acciones se articulan con las del Gobierno. Cfr. Moya, David, *La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009*, en VIDAL FUEYO, María del Camino (coordinadora), *La Reforma de la Ley orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 19-25.

ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas; la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas; la persecución de la trata de seres humanos; la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social, y la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo. Asimismo, ante la constatación de que “la incidencia de los flujos migratorios no es uniforme en todo el territorio español y que existen Comunidades Autónomas que, por su condición de frontera, tienen que asumir una parte muy importante de los costes de un fenómeno que constituye una política de Estado”¹³, LOEX establece que “[e]l Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia” (artículo 2.bis.3)¹⁴. Se ha señalado que algunos de los indicados se acercan más a la noción de mandatos (coordinación entre políticas y efectividad del principio de no discriminación) que a la de principios orientadores (integración social y ordenación de flujos a partir de necesidades laborales, entre otros); por lo mismo, habría sido más adecuado que estos principios se incluyeran en la exposición de motivos del anteproyecto de reforma o que en el articulado se

¹³ Intervenciones de SECO REVILLA del Grupo Socialista, y ORAMAS GONZÁLEZ-MORO de Coalición Canaria, en Diario de Sesiones N° 395, de 26 de octubre de 2009.

¹⁴ El artículo 2.bis.3 de la Ley Orgánica 4/2000 guarda armonía con lo dispuesto por la Constitución española en su artículo 2: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Este es el principio de solidaridad, cuya realización efectiva el Estado garantiza “[...] velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular” (artículo 138.1 de la Constitución española).

hiciera referencia exclusivamente a los objetivos y principios que animan la Ley y que ésta puede contribuir a cumplir¹⁵.

Ahora bien, el análisis y comprensión del modelo migratorio español remite al artículo 19.2 CE que dispone que los extranjeros “[...] tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca [...]”, a saber, LOEX y su Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante RLOEX). Estos cuerpos normativos, de conformidad con lo establecido en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1990¹⁶, disponen que el extranjero debe ingresar al territorio español por los puestos habilitados al efecto, salvo las excepciones reglamentarias y hallarse provisto de un documento expedido por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional, que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares (pasaporte individual, familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor y que permita el retorno al país que los haya expedido, el título de viaje válidamente

¹⁵ Dictamen del Foro de Inmigración y Ciudadanía, p. 16.

¹⁶ El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1990, establece que se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes, para una estancia que no exceda de tres meses, a los extranjeros que posean un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité ejecutivo; estén en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido; en su caso, presenten los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y dispongan de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estén en condiciones de obtener legalmente dichos medios; no estén incluidos en la lista de no admisibles, y no supongan un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes. Al extranjero que no cumpla todas estas condiciones, excepto si una Parte contratante considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales, se le denegará la entrada. Vid. artículo 5, apartados 1 y 2 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1990.

expedido y en vigor o el documento nacional de identidad, cédula de identificación, entre otros). Además, quien pretenda ingresar al territorio español debe cumplir con otras exigencias legales, a saber, no estar sujeto a una o más de las prohibiciones expresas indicadas en el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Extranjería, justificar el objeto y condiciones de estancia a través de la presentación de documentos que establezcan la verosimilitud de la razón invocada y que a modo simplemente ejemplar se enumeran en el artículo 8.2 RLOEX¹⁷ y acreditar, al momento de la entrada, la posesión de recursos o medios económicos suficientes para su sostenimiento y el de las personas a su cargo que viajan con él durante el periodo de permanencia en España, o que está en condiciones de obtener legalmente dichos medios y que posee recursos para cubrir el traslado a otro país o el retorno al país de procedencia. A los requisitos antes señalados se añade la necesidad de que el extranjero esté provisto de visado (de tránsito, de estancia, de residencia y trabajo, de estudios y de investigación) válidamente expedido y en vigor, extendido en los pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte. Asimismo y en lo que demuestra que en España el extranjero es mirado con recelo, además de acreditar que no padece de ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves aquél no debe suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido (artículo 4.1.g) RLOEX)¹⁸; confirma esta conclusión el registro de las

¹⁷ La jurisprudencia ha dictaminado que también sirven a estos fines los itinerarios o reservas de hotel para el total de la estancia, la indicación de los lugares turísticos o culturales que motivaron su viaje, la contratación del viaje con alguna agencia turística y las referencias y/o información de la persona que le ha invitado a España.

¹⁸ Los requisitos establecidos por ley para la entrada en territorio español no son aplicables a los extranjeros que en el momento de su ingreso en España solicitan acogerse al derecho de asilo –regido por lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional– ni tampoco cuando existen razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En todo caso y sin perjuicio de la posible consideración de las causas que motivaron su concesión en el marco del procedimiento

entradas y salidas de España de los extranjeros a los que no sea aplicable el régimen comunitario¹⁹ (artículos 25.5 y 28.1 LOEX y 14.1 y 21.4 RLOEX).

En relación con lo anterior y como se anunciara en párrafos precedentes, uno de los principios de la política inmigratoria española es la lucha contra la inmigración irregular, fenómeno de nefastas consecuencias en los planos social, económico y político²⁰ y del que no se tienen cifras oficiales dadas las condiciones en que se desarrolla²¹. Cercana a

relativo a la residencia por circunstancias excepcionales, la autorización de la entrada en España en base a las razones excepcionales antes aludidas no supone, por sí misma y de forma aislada a otras circunstancias que pudieran ser alegadas, el cumplimiento de los requisitos a acreditar de cara a la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Vid. artículos 25.3 y 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 4.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

¹⁹ Este registro de entradas y salidas fue incorporado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en respuesta a las necesidades de perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración ilegal.

²⁰ En el ámbito comunitario los artículos 5, 9 y 13 de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas centradas en la prohibición general de empleo de los nacionales de terceros países en situación irregular tales como la obligación de los empleadores de exigir a todo nacional de un tercer país que obtenga y le presente, antes de ser contratado, un permiso u otra autorización de residencia válido; la imposición de sanciones económicas a quienes empleen ilegalmente trabajadores de un tercer país, el pago de los gastos de retorno de aquellos respecto de los cuales se lleve a cabo un procedimiento de retorno y la concesión, a los nacionales de terceros países que hayan estado sometidos a condiciones laborales especialmente abusivas o que fueran menores empleados ilegalmente y que colaboren en las acciones penales incoadas contra el empleador, de un permiso de residencia de duración limitada ligada a la duración del procedimiento nacional correspondiente. Vid. artículos 5, 9 y 13 de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio.

²¹ Algunas estimaciones derivadas de indicadores ligados a este fenómeno –número de entradas denegadas y traslados, aprehensiones de migrantes ilegales en las fronteras o en el país, solicitudes denegadas de asilo u otras formas de protección internacional, o solicitudes en procedimientos nacionales de regularización, por ejemplo– permiten inferir que en la UE los flujos anuales de

la inmigración ilegal, aunque con características propias, se encuentra la trata de personas que anualmente involucra a unos dos y medio millones de individuos en todo el mundo generando unos siete mil millones de dólares (se sitúa en el tercer lugar entre los negocios ilícitos más lucrativos, después del tráfico de drogas y de armas). Aquella comprende la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de individuos recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación; esta última incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (artículo 3.a) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas). La combinación violenta de engaño, coacción y fuerza a través de los cuales los traficantes mantienen inmovilizadas a sus víctimas –especialmente mujeres y niños– impide a las mismas escapar de las redes de explotación condenándolas a vivir en la marginación y la pobreza en una sociedad que les es extraña.

La tragedia humanitaria que representan los fenómenos indicados y la economía sumergida que las promueve, además del peligro que involucran para la seguridad y cohesión interna de las naciones, han motivado el llamado de la comunidad internacional²² a combatirlos con especial atención a las necesidades de los inmigrantes

movimientos migratorios irregulares superan los seis dígitos. Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2004) 412 final, de 4 de junio de 2004, pp. 11 y 12.

²² Entre los instrumentos adoptados destacan el Convenio N°143 OIT sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de 1975 (no ratificado por España a la fecha), el Consejo Europeo de Tampere, de 1999, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, completada por un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional firmada en Palermo en 2000, los dos protocolos del mismo

y de las sociedades involucradas (de origen, tránsito y receptora); asimismo, se insta a que en aquellos se implemente un enfoque amplio que incluya medidas relativas a la prevención de la inmigración ilegal y trata, la sanción a los traficantes y la protección a sus víctimas²³.

año: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Asimismo, revisten importancia la Declaración Ministerial de La Haya, de 26 de abril de 1997, sobre directrices europeas para prevenir y luchar contra la trata de mujeres para su explotación sexual; la Recomendación 11 (2000) del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la Recomendación 1545 (2002) relativa a campañas contra la trata de mujeres; el Acuerdo de la reunión del Consejo JAI con los países candidatos, de 28 de septiembre de 2001; la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; la Declaración de Bruselas, de septiembre de 2002 y la Decisión del Consejo, de 24 de julio de 2006 relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que éstas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007. Cabe mencionar, asimismo la Decisión del Consejo Ministerial de la OSCE, N°s 2-3, “Luchando contra la Trata de Seres Humanos”, de 2003, y el Plan de la Unión Europea sobre mejoras prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla. (D.O. C 311/01, de 9 de diciembre de 2005) y el Convenio del Consejo de Europa N° 197, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 6 de mayo de 2005.

²³ El Parlamento Europeo estableció que los Estados tienen el deber de sancionar a cualquier persona que intencionadamente ayude a otra que no sea nacional de un Estado miembro a entrar o a transitar a través del territorio de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros, así como también sancionar a toda persona que intencionadamente ayude con ánimo de lucro a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que trate sobre estancia de extranjeros. Vid. artículo 1.1 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Los fenómenos expuestos no son extraños a España donde existe conciencia de que los traslados de que se viene hablando, al prescindir absolutamente de las reales necesidades de mano de obra de la sociedad española, provocan en la misma una sobreoferta de trabajadores que impide a los inmigrantes cumplir el que muchas veces es el objetivo principal de su proyecto migratorio, a saber, incorporarse al mercado formal de trabajo y acceder a la protección legal y beneficios sociales. De ahí que, en armonía con lo dispuesto por la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, LOEX regule las autorizaciones de residencia y trabajo estableciendo condiciones para la obtención y vigencia de las mismas, agrave el régimen sancionador, refuerce los procedimientos de devolución de los extranjeros que hubieren accedido ilegalmente al país, proteja a las víctimas de inmigración ilegal, explotación laboral y trata de personas e incluya nuevas infracciones dirigidas a evitar actuaciones fraudulentas tales como los matrimonios de conveniencia, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento (artículos 52 a 59 LOEX). Cabe agregar que el Código Penal español castiga con prisión al que directa o indirectamente promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España; sanciona el que dicho delito tenga por propósito la explotación sexual de las personas e incluye como agravante el que aquél sea cometido con ánimo de lucro o mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño, o del abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima (artículo 318.bis)²⁴.

²⁴ Artículo modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, B.O.E. N° 324, de 30 de septiembre de 2003.

1.2 El dilema de la integración

*El que está en el extranjero vive en un espacio vacío en lo alto, encima de la tierra, sin la red protectora que le otorga su propio país, donde tiene a su familia, sus compañeros, sus amigos y puede hacerse entender fácilmente en el idioma que habla desde la infancia. (Milan Kundera, *La insostenible levedad del ser*)*

El Plan para la Integración Social de los Inmigrantes (PISI), de 2 de diciembre de 1994, reconoció que “los movimientos migratorios representan un factor esencial de transformación y cambio de las sociedades occidentales, a las que plantea el reto de una configuración pluricultural y pluriétnica en la que deben establecer relaciones armónicas de convivencia, rechazando las tendencias xenófobas y racistas”. Quince años más tarde la LO 2/2009, de 11 de diciembre, declaró en su Exposición de Motivos que los poderes públicos españoles deben favorecer la plena integración de los inmigrantes en el país y garantizar la convivencia y la cohesión social entre aquellos y la población autóctona; cuestión que plantea un desafío particular pues, sin perjuicio de que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se debe negar a las personas que pertenezcan a aquellas el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (artículo 27 PIDCP)²⁵, no es menos cierto que la diversidad cultural resultante de la inmigración puede producir el choque de tradiciones incompatibles²⁶ y generar desconfianzas, temores y tensiones en la

²⁵ En el mismo sentido el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de febrero de 1995, artículo 5.1, y los Convenios OIT núms. 107 *relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*, de 1957 y 169, *sobre pueblos indígenas y tribales*, de 1989.

²⁶ Un ejemplo en este sentido lo constituye la ablación o mutilación genital femenina constitutiva de una violación flagrante de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución (entre otros, los derechos a la vida y a la integridad física y moral) y que es practicada por los inmigrante procedentes

población autóctona, lo que pone en jaque la estabilidad y viabilidad del sistema político y económico imperante. Se produce así lo que SARTORI (2001) llama el encuentro de los Estados europeos con contranacionalidades, con inmigraciones cada vez más masivas que niegan su identidad nacional provocando que los europeos del oeste se sientan invadidos y reaccionen de forma variada y compleja, ya sea mediante la defensa de sus puestos de trabajo y salarios o el rechazo del inmigrante (xenofobia); los extranjeros que no están dispuestos a conceder nada a cambio de lo que obtienen, que se proponen permanecer como “extraños” en la comunidad a la que entran hasta el punto de negar, al menos en parte, sus principios mismos, son extranjeros que inevitablemente suscitarán reacciones de rechazo, de miedo y de hostilidad (pp. 50-55). En este contexto la integración, concebida como un proceso continuo y bidireccional basado en derechos y obligaciones mutuos de los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, aparece como el mecanismo más adecuado para contribuir a otorgar mayor seguridad y estabilidad en la vida cotidiana y en el trabajo, a alcanzar la paz social en los distintos Estados miembros²⁷ y a precaver de la eventual amenaza que puede significar la acogida de culturas foráneas. En efecto, aquella exige la adaptación mutua y, por parte de los inmigrantes, el respeto de los valores fundamentales de la sociedad de acogida; la diversidad cultural resultante de los sucesivos flujos migratorios en un mismo territorio debe basarse, por lo tanto, en la

de África y Asia sudoccidental en Europa, Australia, Canadá y los Estados Unidos en atención a razones de tipo religioso, de índole sexual –para controlar o mitigar la sexualidad femenina– sociológica –como rito de iniciación de las niñas a la edad adulta o en aras de la integración social y el mantenimiento de la cohesión social– de higiene y estética –se cree que los genitales femeninos son sucios y antiestéticos– y de salud –se señala que aumenta la fertilidad y hace el parto más seguro–. En http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html. Visitada el 15 de marzo de 2013.

²⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2003) 336 final, p. 19 y Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros (96/C 80/02). Diario Oficial N° C 080 de 18/03/1996 p. 0002 – 0004.

reciprocidad en la que el beneficiado (el que entra) corresponda al benefactor (el que acoge) reconociéndose como beneficiado. En este sentido se pronuncia el Programa GRECO (2001) que establece que en España el marco de convivencia será la Constitución y las leyes españolas a las que, con mayor o menor esfuerzo dependiendo de sus raíces culturales, los inmigrantes habrán de adaptarse, respetar y disfrutar en una sociedad democrática en la que el respeto, la tolerancia y la igualdad son valores fundamentales. Cabe agregar que a diferencia de la segregación y de la asimilación²⁸, la integración no busca la uniformidad o eliminación de todas las diferencias de cada parte componente sino sólo de aquéllas que pudieren perturbar o inhibir la unidad total; por consiguiente los Estados, además de permitir a los inmigrantes preservar su cultura y tradiciones, deben adoptar acciones dirigidas a favorecer que estos puedan intervenir en

²⁸ La segregación, en reacción a la presencia de minorías e inmigrantes en los territorios nacionales, margina a una persona o a un grupo de personas por motivos sociales, políticos o culturales. Este modelo de comprensión de las relaciones entre culturas diferentes tiene por objetivo mantener a determinados grupos étnicos separados y clasificados en una posición jerárquica y, para alcanzarlo, las autoridades competentes aplican sanciones oficiales o extraoficiales destinadas precisamente a limitar los contactos y relaciones sociales de forma tal que el sistema de valor monocultural de la sociedad de destino permanece intacto. Ejemplos de este modelo son el apartheid, los *ghettos* y los barrios chinos.

Un mecanismo cercano a la segregación es la asimilación que basada en la primacía de la cultura dominante, supone la absorción total de personas y grupos por esta última como modelo establecido en el que han de encajar los demás. Como la asimilación favorece la homogeneidad cultural las minorías – inmigrantes, por ejemplo– se ven obligadas a hacer abandono de su propia cultura produciéndose así la aculturización de las mismas, esto es, la unificación a través de la imposición de la cultura de la sociedad de acogida.

No obstante que estos dos modelos pretenden propiciar una convivencia pacífica fruto de la uniformidad cultural, terminan siendo fuente de nuevos conflictos porque la exclusión de los grupos asimilados o absorbidos provoca aislamiento y frustración entre sus integrantes los que no sólo se aferran a sus tradiciones sino que se rebelan –en ocasiones con violencia– contra la sociedad que les margina. Cfr. SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, “Estado laico y sociedad multicultural”, p. 305, en REQUERO IBÁÑEZ, J. L. y ORTEGA MARTÍN, E, Directores, Sociedad multicultural y derechos fundamentales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007 y <http://www.iom.int> Consultada el 30 de noviembre de 2008.

la vida económica, social, cultural y civil de la colectividad de que forman parte. El desafío, entonces, es desarrollar espacios sociales en que se respeten las particularidades culturales de las poblaciones autóctona e inmigrante y en los que ambas puedan desplegar sus potencialidades toda vez que la igualdad básica en el ejercicio de los derechos declarados por el legislador encuentra, al momento de su realización, limitaciones de orden público que intentan evitar el desarrollo de prácticas y conductas claramente lesivas de los derechos fundamentales consagrados y tutelados; ellas promueven el establecimiento de un modelo de coexistencia basado en el respeto de los derechos de todos los integrantes del grupo social y, por lo tanto, no deben interpretarse como la adopción de un criterio asimilacionista dirigido a imponer a los extranjeros los valores mayoritarios secundados por los nacionales (PORRAS RAMÍREZ, José María, 2006, pp. 32-34).

Sin embargo y no obstante los beneficios que trae aparejados, la integración no ha tenido un reconocimiento claro en el ámbito comunitario y las políticas de inmigración implementadas en la pasada centuria²⁹ han generado problemas sociales que pugnan

²⁹ Se pueden mencionar, a modo de ilustración, los cursos de integración cívica –*Inburgeringscursussen*– implementados en los Países Bajos. En un principio aquellos contemplaban la entrega, a los recién llegados, de material para aprender el idioma e información sobre la sociedad holandesa; transformados en política de recepción a nivel nacional por la Ley WIN (*Wet Inburgering Nederland*) de 1998, diversos sucesos políticos llevaron a que cambiara su sentido y fuera rebautizada, en 2002, como “política de integración de nuevo estilo”. Desde entonces, aquella es un instrumento para detener los flujos migratorios indeseados y no una estructura que, basada en el incentivo, esté destinada a promover la integración. Otro ejemplo de instrumento de integración es el informe *The Path to Citizenship* del Ministerio del Interior del Reino Unido, publicado en febrero de 2008; en él se estableció una trayectoria hacia la ciudadanía que incluye un nuevo “período de prueba” durante el cual se exige a los inmigrantes demostrar su contribución al Reino Unido, debiendo abandonar el país si no lo hacen. Otras medidas restrictivas incluidas en *The Path to Citizenship* son la negación de prestaciones sociales a los inmigrantes que no han recibido la plena ciudadanía, la prueba del dominio del idioma inglés y el alargamiento del período de prueba a los condenados por delitos menores. A lo anterior se agrega que los inmigrantes deben contribuir a un fondo destinado a gestionar el impacto de la inmigración y se

con el objetivo de cohesión económica y social perseguido por la UE, tales como guetización de los inmigrantes en las principales sociedades receptoras de inmigración, racismo y la consiguiente segmentación social, bajos niveles de empleo y aumento del desempleo entre los inmigrantes, especialmente de las mujeres, elevados niveles de “sobrecualificación” y aumento de los riesgos de exclusión social³⁰. Varios de estos problemas se presentan en la sociedad española que, como resultado del crecimiento de los flujos migratorios, debe impetrar las medidas para conciliar la diversidad cultural existente. De hecho, en el año 2000 se reconoció a la inmigración como un “hecho social” y un “problema social” (LENOIR, 1993) al tiempo que en PECI I y II y en la *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia* de 2011 las autoridades destacaron la importancia de construir una sociedad más justa, inclusiva y cohesionada en la que la diversidad racial o étnica no significara diferencias de derechos y obligaciones; asimismo, subrayaron la necesidad de reducir drásticamente las tasas de pobreza y otros indicadores de vulnerabilidad y exclusión social y de ampliar la igualdad de oportunidades y el acceso de todas las personas a sus derechos fundamentales. Para el logro de estos objetivos la legislación de extranjería incluyó la integración social de los inmigrantes entre los principios orientadores del ejercicio de las competencias vinculadas con la inmigración disponiendo que ella debe ser promovida por los poderes públicos “[...] en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley” e incorporada con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos por medio de la promoción de la participación económica, social, cultural y política de las personas

agiliza el proceso de obtención de la ciudadanía respecto de aquellos que se han involucrado en sus comunidades locales a través del voluntariado.

³⁰ Así se expresa en el Programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (D.O. C53/1, de 3 de marzo de 2005), en el marco de la Estrategia Europa 2020, del Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (D.O. C 115 de 4 de mayo de 2010, p. 1) y en la *Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países*, COM(2011) 455 final, p. 4.

inmigrantes en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.

Ahora bien, las acciones formativas que vienen a precisar la noción genérica de integración –a saber, conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 2.ter.2 LOEX)– se centran en los valores de la sociedad de acogida (la española) no necesariamente compartidos por todos los inmigrantes y no consideran el respeto y preservación de la identidad cultural de estos últimos dentro de los límites constitucionales y legales pertinentes, alejándose así de la noción de integración como proceso bidireccional en que ambas partes asumen derechos y obligaciones recíprocos. Todavía más: LOEX preceptúa que para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal se valorará especialmente “el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas [...]” antes señaladas (artículo 31.7.b). Este contrato de integración que recuerda al *Contrat d'accueil et d'intégration* francés³¹, motivó que el portavoz del Partido Popular R. Hernando Fraile señalara que “[d]espués de deslegitimar históricamente el sistema francés y alemán [...] el Gobierno ha optado por el llamado informe de esfuerzo de integración; un informe que tendrán que elaborar las Comunidades Autónomas en cualquier momento del proceso en que cualquier extranjero quiera renovar un papel para determinar si esa

³¹ El modelo de integración francés, diseñado bajo el eje fundamental de la asimilación y fundado en un sistema consolidado de valores y derechos occidentales, está basado en un contrato en el cual se estipula que el inmigrante debe respetar los valores franceses debiendo asistir a cursos de instrucción cívica que, apartándose del enfoque pluralista, se encargan de resaltar los principios propios de la cultura occidental y cristiana –la igualdad entre los sexos, la libertad de expresión o el laicismo, entre otros–. Si el inmigrante no cumple con los términos del contrato de integración puede no renovársele el permiso de residencia.

persona que pretende renovar su documentación es buen o mal castellano, andaluz, catalán o gallego. Es un dislate en que la propia indefinición del concepto del esfuerzo y sus características abre vías de inseguridad jurídico formal que no tienen precedentes en nuestro país”³².

Cabe agregar que los problemas de integración también derivan de las especiales dificultades que deben enfrentar los inmigrantes en el acceso y permanencia en el mercado formal de trabajo; aquellas se acentúan tratándose del colectivo femenino inmigrante que se vincula preferentemente a sectores poco cualificados o al mercado informal caracterizado por malas condiciones laborales (bajos salarios, precariedad, desprotección social, entre otros). Es más, los índices de temporalidad son más altos entre las mujeres inmigrantes que, además, representan la mayor parte de las jornadas parciales contratadas en España, todo lo cual las coloca en una posición especialmente vulnerable a abusos de diversa índole.

1.3 Feminización de los flujos migratorios

El análisis de los flujos migratorios hacia España revela que si bien en general existe un porcentaje equilibrado entre los integrantes de uno y otro sexo, las mujeres superan en número a los varones en los provenientes de Latinoamérica manteniendo una medida de un 53 por cien; además, desde 2012 a la fecha ha aumentado el número de ciudadanas rumanas empadronadas y de mujeres inmigrantes desde Marruecos (INE, 2014). Estos datos ilustran sobre otra de las características de los traslados territoriales, a saber, la feminización de los mismos pues cada vez más son las mujeres quienes emprenden proyectos migratorios como primer proveedor de ingresos familiares, lo

³² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 26 de noviembre de 2009, pp. 20-22.

que es coherente con las transformaciones operadas en los roles tradicionales de los sexos y en la organización familiar, incluido el aumento de los hogares monoparentales a cargo de mujeres especialmente en los estratos medio y bajo.

La feminización de los flujos migratorios puede encontrar su explicación en las políticas restrictivas de inmigración adoptadas por los Estados europeos en la década de los setenta³³ que, sin embargo, no impidieron el ingreso a Europa de los familiares más próximos a los inmigrantes –cónyuge e hijas– vía reagrupación familiar, hecho que provocó que las mujeres comenzaran a hacerse más visibles dentro del colectivo inmigrante.

Ahora bien, la política migratoria de los Estados europeos y concretamente del español ha debido hacerse cargo de los desafíos planteados por la inmigración femenina atendidas las particularidades de la misma. En efecto, la situación de las mujeres en la sociedad de acogida –marco socio-estructural y cultural en el que se desenvuelven, estructura familiar y distribución sexual de roles– suele influir en la decisión de emigrar y, por cierto, la adopción de ésta será más difícil para las que viven en una sociedad que controla y recorta su independencia por medio de normas, valores y costumbres que las recluyen en la esfera privada-reproductiva. Por otra parte si en definitiva deciden emigrar enfrentan mayores obstáculos para integrarse a la sociedad de destino; piénsese, por ejemplo, en las mujeres musulmanas que, una vez casadas, permanecen en el hogar sin la oportunidad de relacionarse con la población autóctona y conocer la lengua y costumbres de la sociedad de acogida. Otro tanto sucede con aquellas mujeres que, dependientes de la situación legal del cónyuge, quedan sujetas a un régimen carente de autonomía, con acceso restringido al mercado laboral y a un sistema incierto de residencia en caso de viudedad y/o divorcio. Esta situación se agrava por el hecho de

³³ El objeto de estas políticas fue estabilizar la población extranjera existente en los territorios de los Estados europeos y para ello, junto con impedir la llegada de nuevos extranjeros, incentivaron el regreso definitivo de los que querían regresar a su país de origen.

que las políticas de inmigración han establecido la reagrupación familiar³⁴ como una de las principales vías de entrada al país de destino y que ha sido utilizada frecuentemente por las mujeres para ingresar a los Estados europeos; ello contribuye a presentar a este colectivo como inmigrantes dependientes de un ciudadano nacional o de otra persona inmigrante en posesión de un permiso de residencia renovado, económicamente activo y suficientemente solvente para mantener a los familiares reagrupados³⁵. Consecuentemente, las que ingresan a la sociedad de acogida en calidad de reagrupadas tienen un estatus jurídica y económicamente dependiente pues, al no tener acceso a un permiso de residencia y trabajo distinto del que ostenta el extranjero reagrupante, quedan relegadas al ámbito privado instaurándose al interior de la familia espacios de poder y jerarquías entre los cónyuges contrarios a la igualdad que impiden a aquellas romper el vínculo familiar por medio de la separación o divorcio, incluso en situaciones de conflicto o de violencia doméstica. La problemática que conlleva esta realidad motivó que la Directiva 2003/86, del Consejo, declarara la necesidad de que los familiares reagrupados del extranjero residente tengan acceso a un estatuto independiente del reagrupante, especialmente en casos de ruptura del matrimonio o de la relación en pareja, así como también acceso a la educación, al empleo y a la formación profesional en las mismas condiciones que la persona con la que se han reagrupado en cumplimiento de los requisitos pertinentes.

En armonía con la normativa comunitaria, la legislación española de extranjería dispone que el cónyuge y los familiares con él reagrupados conservan la residencia adquirida en España por causa familiar aunque se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la adquisición por separación de derecho, divorcio o por cancelación de la inscripción o

³⁴ La reagrupación familiar es concebida como la entrada y residencia en un Estado miembro de los integrantes de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en aquél con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante. Artículo 2.d) de la Directiva 2003/86, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

³⁵ Esto explicaría el por qué durante muchos años las mujeres inmigrantes no fueron consideradas como una variable relevante en los movimientos territoriales.

finalización de la vida en pareja (artículo 16.3 LOEX), de lo que se sigue que el derecho en análisis tiene un carácter estable. Además, si el cónyuge o pareja reagrupado ha sido víctima de violencia de género o de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, puede obtener la autorización de residencia y trabajo independiente aun cuando no disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades; norma de especial trascendencia para las mujeres que, según indican las estadísticas, son víctimas preferentes de estos delitos. Siempre con la finalidad de dar protección y un estatuto independiente a los familiares reagrupados, la legislación española de extranjería preceptúa que la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que son titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcanzan la edad laboral les habilita para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo, en tanto que el cónyuge o pareja reagrupados pueden obtener una autorización de residencia independiente cuando reúnen alguno de los requisitos establecidos reglamentariamente y no tienen deudas con la Administración tributaria o de Seguridad Social (artículos 19.1.2 y 3 LOEX y 59.1 RLOEX). Hay que advertir, eso sí, que no obstante que el derecho a la reagrupación familiar consagrado en la legislación española de extranjería guarda conformidad con las directrices comunitarias, él ha sido creado sobre la base de estándares masculinos, sin hacerse cargo de la feminización de los flujos migratorios y sin dar respuesta satisfactoria a los requerimientos planteados por dicho fenómeno.

1.4 Estatutos jurídicos de los extranjeros en España

La legislación española de extranjería utiliza el término *extranjero* para referirse al individuo que se traslada territorialmente y lo define como aquél que carece de la nacionalidad española “[...] sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los

Tratados internacionales en los que España sea parte” (artículo 1.1 y 2 LOEX)³⁶. El Diccionario de la RAE, por su parte, conceptualiza al extranjero como el natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra; noción que difiere de la de *inmigrante*, presente en distintos instrumentos relativos al fenómeno de la inmigración (Programa GRECO, Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, entre otros) y referida al individuo que emprende un proyecto migratorio con la intención de establecerse en la sociedad de destino del mismo. Habida consideración de, como se expondrá en las páginas siguientes, las restricciones a la inmigración y a los derechos de los inmigrantes en España, al parecer el uso de la terminología no es casual.

Hecha esta primera precisión, hay que señalar que en el análisis de la situación jurídica de los extranjeros en España se debe tener presente que la legislación española de extranjería regula esta materia con pretensión de generalidad, determinando la posición de los mismos en España según la situación administrativa que aquellos ostenten, a saber, regular o irregular. Es así como a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular se les reconoce el estándar mínimo impuesto a España a nivel internacional; son tales los nacionales de terceros países que mediante documentos falsos o falsificados o con la ayuda de redes de delincuencia organizada formadas por contrabandistas y traficantes, entran ilegalmente en el territorio de un Estado miembro

³⁶ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 , párrafos a), b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia; los representantes y delegados, y los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, y los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) del mismo artículo 2.

por tierra, mar y aire, incluidas las zonas de tránsito de los aeropuertos³⁷, así como también las personas que entran legalmente con un visado válido o por medio de un régimen sin visado, pero prolongan o modifican el motivo de su estancia sin la autorización de las autoridades y a los solicitantes de asilo que no se marchan tras una decisión final negativa³⁸. En cambio, quien ha ingresado al territorio español y permanece en el mismo dando cumplimiento a las normas sobre entrada y permanencia en el país establecidas en la normativa específica (artículos 25 LOEX y 4 y ss. RLOEX) se encuentra en situación administrativa regular, cercana a la del ciudadano.

Una vez dentro del territorio español el extranjero *regular* puede encontrarse en situación de estancia o residencia. La primera es entendida como la permanencia en el territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de los supuestos de admisión a efectos de estudio, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado distinguiéndose, al efecto, entre la estancia de corta duración –aquella en que se halla el extranjero que no es titular de una autorización de residencia y que autoriza para permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no excede de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada– y la de larga duración (artículos 30.1 y 2 y 33.1.2 y 3 LOEX); la legislación de extranjería también comprende una estancia con fines de tránsito cuya duración corresponderá al tiempo necesario para efectuar aquél (artículo 28.1 RLOEX). La residencia, en tanto, puede ser temporal o permanente; se encontrará en situación de residencia temporal el extranjero que cuente

³⁷ Estos traslados clandestinos se realizan en precarias condiciones y con un destino incierto normalmente de noche, en embarcaciones no aptas para soportar la sobrecarga que llevan y con equipamiento mínimo para la travesía. Muchos de estos inmigrantes mueren durante el trayecto o ponen seriamente en peligro sus vidas y, si logran arribar al país de destino, corren el riesgo de ser capturados y repatriados.

³⁸ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*, COM (2006) 402 final, de 19 de julio de 2006, p. 2.

con una autorización para residir en el país por un período superior a noventa días e inferior a cinco años³⁹. Para obtener esta residencia que impone a su titular la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio, el extranjero debe carecer de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no debe figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. También puede concederse una autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo (residencia no lucrativa) a los extranjeros que disponen de medios suficientes para sí y, en su caso, para su familia; asimismo, la Administración, el Consejo de Ministros y el titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración pueden conceder una autorización de residencia temporal en atención a razones excepcionales, cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y también en el caso de los apátridas⁴⁰, indocumentados y refugiados y de las extranjeras víctimas de violencia de género (artículos 31, 31.bis y 34 LOEX y 124 a 127, 131 a 133, 211 y Disposición Adicional 1.4 RLOEX). Tienen derecho a la residencia de larga duración o permanente que autoriza al extranjero a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (artículo 32.1 LOEX) los que han residido legalmente y de forma continuada en el territorio español

³⁹ La residencia temporal puede renovarse a petición del interesado y la autoridad competente valora, en su caso, los antecedentes penales del extranjero –existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad– el incumplimiento, por parte de aquél, de las obligaciones en materia tributaria y de seguridad social y, especialmente, el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje la renovación solicitada. Vid. artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁴⁰ El artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de Apartidas, de 28 de septiembre de 1954, establece que el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación.

durante cinco años⁴¹ y reúnen las condiciones establecidas reglamentariamente, así como también los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de UE que vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, cumpliendo los requisitos fijados en RLOEX y aquellos a quienes España u otro Estado miembro de UE hubiese reconocido protección internacional y se encuentren en territorio español⁴², con excepción de los beneficiarios de protección internacional

⁴¹ El artículo 148.2 del Reglamento de la Ley General de la Seguridad Social dispone que la continuidad exigida no se ve afectada cuando se producen ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular; si las ausencias del territorio español se han producido por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por aquellas de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos. En fin, en el caso del titular de una Tarjeta azul-UE la continuidad de la residencia no quedará afectada por ausencias de la Unión Europea de hasta doce meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años de residencia requeridos.

⁴² De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el apartado 3 del artículo 148 del Reglamento respectivo especifica que la autorización de residencia de larga duración también se concederá a los extranjeros residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva o a los residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento; a los residentes que hayan nacido en España y, al llegar a la mayoría de edad, hayan residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud; a los extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española; a los residentes que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva; a los apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España, y a los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos corresponderá al titular del Ministerio de

cuyo estatuto haya sido “[...] revocado, cesado, finalizado o cuya renovación hubiese sido denegada, de acuerdo con las normas de UE aplicables y en las condiciones que se establezcan reglamentariamente” (artículo 32.3.bis LOEX).

1.4.1 De los derechos pertenecientes a la persona en cuanto tal

Retomando el análisis de los estatutos jurídicos de los extranjeros en España, la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 95/2003, de 22 de mayo) distingue un primer grupo de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano; otro que comprende aquellos atribuibles exclusivamente a los españoles y, en fin, el bloque de derechos y libertades públicas de que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las Leyes. El primer bloque está integrado por los derechos inherentes a la dignidad humana imprescindibles para la garantía de la misma, que ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que encuentre el extranjero. Estos derechos, cuya identificación hace necesario partir del respectivo tipo abstracto y de los intereses protegidos (esto es, de su contenido esencial) para luego determinar en qué medida son imprescindibles para la dignidad de la persona⁴³, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3) al constituir el fundamento del orden político español y la paz social (artículo 10.1 CE), un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar; consecuencia de lo anterior es que el legislador no puede establecer a su respecto

Trabajo e Inmigración la concesión de la autorización de residencia de larga duración, previo informe del titular del Ministerio del Interior.

⁴³ En la tarea de determinación de la medida en que el derecho en cuestión es imprescindible para la dignidad humana es menester acudir, por expresa remisión de los artículos 10.2 de la Constitución española y 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Por todas, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

diferencias entre nacionales y extranjeros, es decir, no puede modular o atemperar su contenido o negar a los últimos su ejercicio, cualquiera que sea su situación administrativa en España.

Con la prevención de que no se trata de una enumeración cerrada y exhaustiva, forman parte de este primer grupo de derechos la vida, la integridad física y moral, la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva y la libertad personal y seguridad. También se incluye el derecho a la documentación que podrá consistir, según corresponda, en el pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad de aquellos, el visado, la Tarjeta de Identidad de Extranjero⁴⁴ y excepcionalmente otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas; los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservarla, incluido el derecho a no ser privados de la misma salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en LOEX y en LO 1/1992, de 21 de febrero, *sobre Protección de la Seguridad Ciudadana* y la obligación de exhibirla cuando fueran

⁴⁴ El pasaporte o documento de viaje en el que conste el sello de entrada acredita, además de la identidad, la situación de estancia en España en aquellos supuestos de extranjeros que no precisan de la obtención de un visado de corta duración. El visado válidamente obtenido, en tanto, acredita la situación para la que hubiese sido concedido; la validez de dicha acreditación se extiende desde la efectiva entrada de su titular en España hasta la obtención de la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero o hasta que se extinga la vigencia del visado.

La Tarjeta de Identidad de Extranjero es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España; todos aquellos a los que se les haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses tienen el derecho y el deber de obtenerla debiendo solicitarla personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que la autorización sea concedida o cobre vigencia, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada. Vid. artículos 4.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y 207, 208, 209 y 210.1.2.3 y 7 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

requeridos por las autoridades o sus agentes en ejercicio de sus funciones (artículos 4.1 y 3 LOEX y 205.1.2 y 3 RLOEX)⁴⁵.

También queda comprendido en este primer bloque el derecho a la educación, consagrado en el artículo 27 CE a favor de todos los individuos e inequívocamente vinculado con la garantía de la dignidad humana al posibilitar el pleno y libre desarrollo de la personalidad y la convivencia en sociedad y favorecer la mejor integración social de los extranjeros; de ahí que corresponda a los poderes públicos garantizarlo “[...] mediante una programación general de la enseñanza [...]” que cuando es “[...] básica es obligatoria y gratuita”⁴⁶. Sobre el particular, en su sentencia 236/2007, de 07 de noviembre, TC precisó que el derecho en análisis, también consagrado en los apartados 1 y 2 del artículo 9 LOEX incorpora, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional en virtud de la cual los poderes públicos deben procurar a todos los individuos la efectividad de aquél mediante una programación general de la enseñanza⁴⁷.

⁴⁵ La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en sus artículos 53.1.a) y 57.1 establece que constituye una infracción grave que puede ser sancionada, en atención al principio de proporcionalidad, desde la multa y hasta la expulsión del territorio español no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

⁴⁶ Esta norma constitucional muestra una similitud significativa con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948, cuyo artículo 26 reza: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

⁴⁷ El apartado segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reserva a los extranjeros residentes mayores de 18 años el acceso a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas.

En el mismo grupo se incluye el derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en esta materia y a los servicios y prestaciones sociales generales y básicos; además y de conformidad con lo establecido en la Declaración de los Derechos del Niño, los extranjeros con discapacidad menores de dieciocho años que tengan su domicilio habitual en España tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico (artículos 12 y 14.2 y 3 LOEX)⁴⁸.

Asimismo y en el marco de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 24 CE, se consagra a favor de todos los extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁹, del que se deriva el deber de motivación de las resoluciones judiciales y de los actos administrativos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales o que impongan sanciones (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 202/2009, de 26 de noviembre), sin perjuicio de que tratándose de los procedimientos administrativos establecidos en materia de extranjería deben respetarse las garantías previstas sobre aquellos en la legislación general (artículo 20.1.2.3 y 4 LOEX). Los extranjeros también tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos “[...] en los que sean

⁴⁸ El apartado 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, fue modificado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de conformidad con lo establecido en la Declaración de los Derechos del Niño (A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959) cuyo principio 5 establece que “[e]l niño física y mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular”.

⁴⁹ El artículo 119 de la Constitución española dispone que “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”; derecho respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de uno prestacional y de configuración legal que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva que la ley sólo podrá limitar en la medida que respete aquél. Cfr. STC 236/2007, de 07 de noviembre, FJ 13.

parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan [...]”, a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos correspondientes a la denegación de entrada en territorio español, devolución o expulsión del mismo y en “[...] todos los procedimientos en materia de protección internacional [...]” y a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice; tanto la asistencia letrada como de intérprete serán gratuitas cuando aquellos carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita (artículos 22.1 y 2 LOEX y 15.2 RLOEX).

Hasta antes de la entrada en vigencia de LO 2/2009, de 11 de diciembre, los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga se consagraban a favor de los extranjeros titulares de una autorización de estancia o residencia; esta regulación fue modificada y de conformidad con lo dispuesto por la referida Ley Orgánica, en armonía con lo dispuesto por los artículos 24.1, 22.1 y 28 CE, aquellos son reconocidos a favor de todos los extranjeros, cualquiera sea su situación administrativa; modificación legal de toda lógica habida consideración de que el derecho de reunión y manifestación⁵⁰ tiene importancia fundamental al ser, en la práctica, uno de los pocos medios de que disponen muchos grupos sociales para poder expresar públicamente sus ideas y demandas⁵¹ y, como manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a

⁵⁰ Los elementos configuradores del derecho de reunión y manifestación son la agrupación de personas (elemento subjetivo), la duración transitoria (elemento temporal), la licitud de la finalidad (elemento finalista) y el lugar de celebración (elemento real y objetivo).

⁵¹ El artículo 21 de la Constitución española reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, cuyo ejercicio no necesitará autorización previa; pero se deberá dar comunicación previa a la autoridad en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, pudiendo aquella prohibirlas sólo cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para persona o bienes. En concordancia con esta disposición constitucional, el apartado segundo del artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, preceptúa que quienes promuevan reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público tienen la obligación de dar comunicación previa a la autoridad competente, sin que ésta

través de una asociación transitoria de personas, opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas para la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones (por todas, SSTEDH casos Stankov, de 13 de febrero de 2003, § 85, Partido de la Libertad y de la Democracia, de 8 de diciembre de 1999, § 37 y Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, § 58 y STC 236/2007, de 7 de noviembre). Por su parte, la libertad de asociación (artículo 8 LOEX) dirigida a proteger el valor de sociabilidad como dimensión esencial de la persona y como elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática –de ahí su vinculación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (SSTEDH casos Vogt, de 26 de septiembre de 1995, § 64 y Ahmed, de 2 de septiembre de 1998, § 70; SSTC 244/1991, de 16 de diciembre y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 7)– se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias, a saber, la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas (libertad positiva de asociación), la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas (libertad negativa de asociación) y la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; existe, además, una cuarta dimensión *inter privatos* que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenezcan o, en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse (por todas, STC 236/2007, de 7 de noviembre). Respecto al derecho a la libre sindicación o a la afiliación a una organización profesional (artículo 11 LOEX) cabe indicar que TC ha precisado que su titularidad corresponde a “todos” los trabajadores en su caracterización material, no jurídico-formal, y a todos los sindicatos.

pueda prohibirlas o proponer su modificación sino por las causas previstas en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión.

1.4.2 De los derechos atribuibles exclusivamente a los españoles

Los derechos políticos o a participación política (artículo 6.1 y 2 LOEX) por mandato de la propia Constitución están incluidos en el grupo de aquellos atribuibles exclusivamente a los españoles toda vez que la Carta Fundamental prescribe que dichos derechos no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y ni por ley ni por tratado es posible asignárseles (13.2 y 23). Sin perjuicio de que en la Declaración de 01 de julio de 1992 TC sostuvo que la única fórmula para atribuir a aquellos los derechos en referencia sería una reforma de la Carta Fundamental, esta última admite que en atención a criterios de reciprocidad por tratado o ley pueda reconocerse a los extranjeros titularidad para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (artículo 13.2 CE); de conformidad con lo anterior, los extranjeros empadronados en un municipio tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo dispuesto por la normativa de aplicación.

1.4.3 De los derechos y libertades de que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las Leyes

En fin, el tercer bloque de derechos y libertades públicas está constituido por aquellos de que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las Leyes; se trata de derechos fundamentales que la Constitución no les ha atribuido directamente a los extranjeros pero que el legislador les ha extendido, aunque no necesariamente en idénticos términos que a los españoles. Ahora bien, conforme lo dispuesto por el artículo 13.1 CE los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas⁵² garantizadas en su Título Primero en los términos *establecidos* en los

⁵² La expresión “libertades públicas” utilizada por el artículo 13.1 de la Constitución española no tiene un sentido restrictivo; él comprende tanto las libertades como los derechos reconocidos en el Título I

tratados y la ley, no de los derechos y las libertades que *les atribuyan* los mismos (la cursiva es nuestra) de lo que se sigue que aquellos siguen siendo constitucionales aun cuando, por propia previsión de la Carta Fundamental, la igualdad o desigualdad en su titularidad y ejercicio dependerá de la libre voluntad del tratado o la ley y de acuerdo con las condiciones y el contenido previsto en tales normas. En consecuencia, se trata de derechos dotados de protección constitucional pero, sin excepción, de configuración legal en cuanto a su contenido y, por lo tanto, la ley puede o no tomar en consideración la nacionalidad o ciudadanía del titular como dato relevante para modular el ejercicio del derecho de que se trate (por todas, STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 2). Por consiguiente, el legislador goza de mayor libertad para regular las condiciones de ejercicio de estos derechos en función de la nacionalidad de las personas y para configurarlas teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico de los extranjeros y situación legal y administrativa de los mismos en España así, por ejemplo, puede exigirles la autorización de estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que, por su propia naturaleza, hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para entrar y permanecer en territorio español⁵³.

La jurisprudencia, tanto comunitaria como española (SSTEDH Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, Berrehab, de 21 de junio de 1988, Moustaquim, de 18 de febrero de 1991 y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996; y SSTC 549/2006, de 7 de marzo; 1309/2006, de 10 de enero; 814/2007, de 3 de mayo, y 321/2008, de 10 de marzo) ha precisado que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir en ellas no pertenece a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano, porque no es imprescindible para la

de la misma aunque, eso sí, sólo a los extranjeros que se encuentran dentro del territorio español, no a los que tienen la expectativa de entrar al país. Por todas, STC 23/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

⁵³ Declaración del Tribunal Constitucional N° 1/1992, de 01 de julio, FJ 3b) y, por todas, SSTC 17/2013, de 31 de enero, FJ 2 y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

garantía de la dignidad humana y, por consiguiente, su ejercicio puede ser modulado por las leyes y tratados en función de la nacionalidad de los individuos. De conformidad con este planteamiento LOEX circunscribe a los extranjeros regulares el derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme. Sin perjuicio de lo anterior, la normativa admite el establecimiento de medidas limitativas específicas tales como la presentación periódica ante las autoridades competentes y el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente cuando ellas se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio y excepcionalmente por razones de seguridad pública (artículos 19 CE y 5.1 y 2 LOEX)⁵⁴.

También queda reservado a los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la ley de extranjería y las disposiciones que la desarrollen el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena y a acceder al sistema de la

⁵⁴ Otro ejemplo de medidas limitativas específicas de la libertad de circulación se produce en el caso del extranjero cuya solicitud de asilo ha sido admitida a trámite. Atendido que aquél se encuentra en una situación administrativa de regularidad transitoria durante la cual se expide a su favor un documento de identidad que permite su permanencia en el país hasta la resolución definitiva de aquella la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* modula o restringe el derecho a la libre circulación por medio de la imposición de medidas tales como la obligación de comunicación de los cambios de domicilio, la presentación de la documentación sobre edad, pasado – incluido el de parientes relacionados– identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos de la petición de protección e información a la autoridad competente, cuando así se le requiera, sobre cualquier circunstancia de la solicitud. Es decir, mientras la situación administrativa de regularidad es provisional o transitoria, el goce del derecho en análisis queda condicionado en tanto aquélla no sea definitiva. STJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso, N°247/2012, de 6 de marzo y STC 94/1993, de 22 de marzo.

Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente (artículo 10.1 LOEX). A este efecto LOEX preceptúa que los mayores de 16 años que deseen ejercer una actividad lucrativa deben contar con la correspondiente autorización administrativa previa de residencia y de trabajo que se concede conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos establecidos en la legislación de extranjería⁵⁵). Cuando esta autorización se solicita para la realización de una actividad económica por cuenta propia su duración es de un año y la concesión de la misma se limita a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma y a un sector de la actividad (artículos 37.2 LOEX y 104 RLOEX); si se trata de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena su concesión inicial y salvo las excepciones establecidas en la normativa⁵⁶,

⁵⁵ Las excepciones a la exigencia de autorización previa de residencia y trabajo están referidas a los penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas y extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo y en otros supuestos excepcionales determinados reglamentariamente. Vid. artículo 36.1 y 7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁵⁶ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a:

- a) Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- b) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- c) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- d) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1.
- e) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.
- f) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- g) Los extranjeros nacidos y residentes en España.

debe tener en cuenta la situación nacional de empleo plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura elaborado trimestralmente sobre la base de la información proporcionada por los órganos determinados por la ley. Si el extranjero se propone trabajar por cuenta propia o ajena ejerciendo una profesión para la que se exige una titulación especial la concesión de la autorización respectiva se condiciona a la

h) Los hijos o nietos de español de origen.

i) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

j) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.

k) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país.

l) Los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario.

Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente para:

a) La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas.

b) Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.

c) Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.

d) Los artistas de reconocido prestigio.

Por su parte, el artículo 64.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, preceptúa que la situación nacional de empleo tampoco se considerará en los supuestos específicos establecidos por Convenio Internacional, ni en el caso de los nacionales de Estados con los que se España haya suscrito convenios internacionales a tal efecto y de los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima.

tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, la colegiación pudiendo aplicarse, en esta materia, criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad (artículos 36.3 y 6 y 38.1 y 2 LOEX y 65.1 y 2 RLOEX).

Sin perjuicio de los supuestos en que el extranjero que se halle en España se encuentre habilitado para solicitar u obtener una autorización de residencia y trabajo inicial, el procedimiento de concesión de la misma se basa en la solicitud de cobertura de un puesto de trabajo vacante presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente –la Comunidad Autónoma respectiva en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia– junto con el contrato de trabajo ofrecido al trabajador residente en un tercer país y demás documentación exigible. Dicho contrato de trabajo, firmado por el trabajador y por el empleador, debe reunir los requisitos determinados por LOEX y su reglamento de desarrollo⁵⁷; verificado el cumplimiento de éstos, la autoridad competente debe expedir una autorización cuya eficacia está condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social. El procedimiento descrito que corresponde a la contratación en origen, es concordante con el de la política inmigratoria española establecido en el artículo 2.bis.b) LOEX⁵⁸, a saber, “la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades

⁵⁷ De conformidad con lo dispuesto en los artículos 36.4 y 38.8 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 64.3.b) del Reglamento de la misma, se debe garantizar al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, debiendo ajustarse sus condiciones a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

⁵⁸ Este principio guarda concordancia con uno de los objetivos declarados en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a saber “Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo”.

de la situación nacional de empleo” toda vez que permite la contratación programada de trabajadores que no se hallan o residen en España y que son seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios habida cuenta de la situación nacional de empleo (39.1 y 2 LOEX⁵⁹). Queda así de manifiesto que la legislación española de extranjería concibe la inmigración económica como un proyecto temporal en el que el inmigrante es un “trabajador invitado” bienvenido por un espacio de tiempo acotado y en la medida que represente mano de obra necesaria habida consideración de la situación nacional de empleo; en este sentido, el Programa GRECO (2001) declaraba que “[...] no podemos olvidar que España tiene ciudadanos propios sin empleo y dos millones de emigrantes, muchos de los cuales quieren volver a trabajar en su país [...]”; por lo mismo, el país “[...] tiene una capacidad de acogida limitada que debe responder a un cálculo estricto de los puestos de trabajo que puede ofrecer a las personas extranjeras que emigran por razones económicas buscando entre nosotros oportunidades que no encuentran en sus propios países”. De esta forma y como señala DE LUCAS “[...] con el actual proceso de mundialización, las fronteras son porosas para el capital especulativo, la tecnología y la información y para la mano de obra que se requiere coyunturalmente en el norte, pero infranqueables para quien

⁵⁹ Del mismo modo, tratándose de los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña o de duración determinada la autorización respectiva coincide, por regla general, con la duración del contrato o contratos de trabajo con el límite máximo de nueve meses dentro de un periodo de doce meses consecutivos; en los restantes supuestos, la autorización coincide con la duración del contrato de trabajo o, en caso de que en éste, por su naturaleza, no se estableciera una vigencia, con la duración prevista de la actividad, debidamente acreditada. En cualquier caso, la duración de la autorización tiene el límite máximo de doce meses, a partir del cual no es susceptible de prórroga, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de que ésta se produzca cuando el empleador acredita circunstancias sobrevenidas que determinan la necesidad de continuidad de la relación laboral y siempre que la prórroga no sea contraria a la normativa laboral que resulte de aplicación. Vid. artículos 42.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y 98 y 167.1.2 y 3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

quiere emigrar al centro y no es útil según los criterios de mercado”⁶⁰. El modelo español no se hace cargo de la realidad inmigratoria actual en la que los traslados territoriales obedecen a motivaciones diversas; en un mundo globalizado merced a los adelantos científicos y tecnológicos en las comunicaciones y medios de transporte, los individuos tienen la legítima expectativa de asentarse e integrarse en la sociedad de destino de la inmigración. De ahí entonces que el desafío para el Estado sea crear las condiciones necesarias, en los distintos espacios sociales, para que dicho proceso sea provechoso para todos los actores involucrados (inmigrantes y población autóctona), sin olvidar el fenómeno de la feminización de los flujos migratorios condicionado en buena medida, pero no de modo absoluto, por los contextos de origen. En efecto, factores tales como el creciente acceso de la mujer a la educación, los procesos de urbanización, la creciente globalización de las comunicaciones y de la información y los cambios de valores impulsados por la emigración de otros miembros de la unidad familiar van a empujar a un cada vez mayor número de mujeres a iniciar por su cuenta proyectos migratorios (VICENTE, Trinidad: pp. 3-4).

Llama la atención el que el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena quede limitado a los extranjeros residentes habida consideración de que él, al igual que el derecho a la educación, es fundamental para alcanzar la integración de los extranjeros en la sociedad de acogida y de que la misma LOEX establece el deber de las Administraciones Públicas de promover la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes y de desarrollar medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo y el acceso al empleo (artículo 2.ter.2). Cabe agregar que LOEX limita al extranjero que se encuentre regular o legalmente en España la protección contra los actos discriminatorios⁶¹ fundados en la pertenencia a una

⁶⁰ DE LUCAS, Javier, “La inmigración como res política”, p. 3. Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>

⁶¹ El artículo 23.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establece que constituyen actos de discriminación:

determinada raza, religión, etnia o nacionalidad (artículo 23.2.c y d). Por lo tanto, la indefensión y vulnerabilidad de quienes se hallan en situación irregular en España se ve agravada al quedar fuertemente disminuidas las posibilidades de regularizar aquélla; condenados al mercado ilegal caracterizado por los abusos y pésimas condiciones laborales, estos extranjeros ven frustradas las expectativas cifradas en el proyecto migratorio.

Lo expuesto en los párrafos precedentes está íntimamente vinculado con otro de los derechos reservados a los extranjeros residentes, a saber, la reagrupación familiar. La búsqueda de los fundamentos del mismo remite al artículo 8.1 CEDH que dispone que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”; norma de la que el TEDH dedujo un “derecho a la vida familiar” que comprendería, como uno de sus elementos fundamentales, el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía aunque, hay que advertir, el órgano jurisdiccional no llegó a reconocer explícitamente como derivado de aquél un auténtico derecho a la

-
- a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
 - b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
 - c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio asistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
 - d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

reagrupación familiar que solo sería eficaz en el supuesto de que aquella no fuera posible en ningún otro lugar por impedimento legal o fáctico (asuntos Sen, de 21 de diciembre de 2001; Boultif, de 2 de agosto de 2001; Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985; Ahmut, de 28 de noviembre de 1996 y Gül, de 19 de febrero de 1996). Dicho reconocimiento sí se contiene en la Directiva 2003/86, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003⁶² que precisa que se entiende por reagrupación familiar la entrada y residencia en un Estado miembro de los integrantes de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante (artículo 2.d). Como aquella favorece que los nacionales de terceros países en el Estado miembro disfruten de condiciones de vida dignas, al tiempo que otorga una mayor estabilidad afectiva y personal y ayuda a minimizar la ruptura del extranjero con su entorno familiar en origen y los eventuales perjuicios que una separación prolongada puede ocasionar a todos los miembros del grupo familiar, particularmente los hijos menores, contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural y permite promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad. Por lo mismo, es concebida como uno de los factores esenciales para la integración de los extranjeros.

En el ámbito interno, en tanto, la legislación de extranjería consagra a favor de los extranjeros residentes los derechos a la vida en familia y a la intimidad familiar y cuando aquél tenga autorización para residir en España durante un año como mínimo y solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año, el derecho a reagrupar a los familiares que la misma determina (artículos 16.1 y 2 LOEX y 56.1.a y b RLOEX). Si bien el derecho en análisis no tiene un reconocimiento explícito en CE, es

⁶² D.O. L 251, de 3 de octubre de 2006, pp. 12-18. También es importante, en esta materia, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2007/C 303/01) cuyo artículo 7 preceptúa que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y del secreto de sus comunicaciones”.

importante recordar que la misma establece que los poderes públicos “[...] aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” y, asimismo, “[...] la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación [...]” (artículo 39.1 y 2). Por su parte, el artículo 18.1 de la Carta Fundamental regula el derecho a la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás que, según las pautas de nuestra cultura, es necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. Dicha intimidad personal se extiende a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar y que en atención a esa relación o vínculo inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo: de ahí que sea posible sostener que lo constitucionalmente protegido es un derecho propio y no ajeno a la intimidad que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (por todas, STC 236/2007, de 07 de noviembre). Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha precisado que del artículo 18.1 CE no cabe deducir un “derecho a la vida familiar” y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar.

Entre los familiares reagrupables figura el cónyuge del reagrupante, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, y la persona con la que el extranjero residente mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal la que, siempre que esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España, se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos por la LO 4/2000, de 11 de enero, en lo relativo a la reagrupación familiar. A estos efectos RLOEX precisa que se “[...] considerará que existe relación de análoga afectividad a la conyugal cuando ella se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción; o cuando se acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España”, siendo del caso señalar que

la exigencia de inscripción en un registro de parejas de hecho puede dificultar la tramitación de estas solicitudes dado que son pocos los países que disponen de los mismos. Asimismo, el extranjero residente también puede reagrupar con él en España a sus hijos o los de su cónyuge o persona con la que mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal, incluidos los adoptados, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en la legislación de extranjería, a saber, que los hijos sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor o tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud; si se tratare de hijos de uno solo de los cónyuges o miembros de la pareja se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y que aquellos estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. También pueden ser reagrupados los hijos menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud y aquellos de los que el extranjero residente sea representante legal y los ascendientes en primer grado del reagrupante o de su cónyuge o pareja a condición de que estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente el extranjero residente puede reagrupar a los ascendientes menores de sesenta y cinco años cuando, cumpliéndose estas mismas condiciones, concurren razones de carácter humanitario que, a modo ejemplar, el reglamento respectivo establece en su artículo 53.e) (artículo 17.1.c) de la LO 4/2000, de 11 de enero).

En fin, en relación con los requisitos dispuestos por la legislación española de extranjería para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar cabe señalar que la solvencia económica del reagrupante es, sin duda, la más importante. En efecto, al momento de presentación de la solicitud respectiva aquél debe acreditar que dispone de

vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, incluyendo la asistencia sanitaria en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social en la cuantía mínima referida al momento de solicitud de la autorización de residencia para la reagrupación familiar (artículos 18.1 y 2 LOEX y 54.2.4 y 5 RLOEX). Además, el derecho de que se viene hablando está restringido a los extranjeros residentes y son tales quienes disponen de medios suficientes para sí y su familia (autorización inicial de residencia temporal) o están autorizados para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional. Ahora bien, el cumplimiento de estas exigencias es especialmente difícil para las mujeres inmigrantes que, como se ha señalado en páginas precedentes, suelen enfrentar especiales dificultades para incorporarse y permanecer en el mercado formal de trabajo, así como a ser tratadas en igualdad de condiciones con los varones; los bajos salarios, la temporalidad de la contratación y el acceso a los sectores menos cualificados de la economía, entre otros, les impiden alcanzar la solvencia económica exigida por la legislación de extranjería para ejercer el derecho en análisis que, en verdad, responde a un modelo “masculinizado” de inmigración o, dicho de otro modo, supone que el reagrupante es un varón. La normativa desconoce el fenómeno de la feminización de los flujos migratorios conforme al cual son las mujeres, muchas veces como primer proveedor de ingresos familiares, las que inician la cadena migratoria con el objetivo de mejorar las condiciones de vida propias y de la familia a su cargo que ha quedado en el país natal y que, por cierto, querrá reagrupar.

CAPÍTULO II

1.5 Consideraciones generales en torno a la igualdad

El derecho a la igualdad ha tenido un complejo desarrollo en la historia de la humanidad. En efecto, aun cuando durante el Renacimiento las doctrinas del cristianismo y el humanismo afirmaron las ideas de libertad y dignidad humanas convirtiéndose en la antesala de una nueva concepción del mundo, en distintos momentos históricos se han justificado instituciones que las desconocen; es el caso de la esclavitud en la Grecia clásica⁶³ y en la sociedad norteamericana de los siglos XVIII y XIX o fórmulas muy próximas a la misma como el vasallaje o los trabajos forzosos. Precisamente la configuración de la noción de derechos humanos, entre los que se inscribe la igualdad, coincide en sus orígenes con las demandas de los individuos para obtener el reconocimiento de sus libertades erigiéndose en un límite al poder del Estado y en exigencia en lo referente a la participación política y a los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁴.

⁶³ ARISTÓTELES justificó la desigualdad entre los seres humanos al señalar que “[l]a naturaleza ha creado en ella (el alma) dos partes distintas: la una destinada a mandar, la otra a obedecer, siendo sus cualidades bien diversas, pues que la una está dotada de razón y privada de ella la otra. Esta relación se extiende evidentemente a los otros seres, y respecto de lo más de ellos la naturaleza ha establecido el mando y la obediencia. Así, el hombre libre manda al esclavo de muy distinta manera que el marido manda a la mujer que el padre al hijo [...] los elementos esenciales del alma se dan en todos estos seres, aunque en grados muy diversos. El esclavo está absolutamente privado de voluntad; la mujer la tiene, pero subordinada; el niño sólo la tiene incompleta [...]”. Vid. ARISTÓTELES, *La Política*, Libro primero, Espasa Calpe, Madrid, España, 1997, pp. 47-63.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *Fundamento y futuro de la democracia*, Edeval, Valparaíso, Chile, 1990, pp. 29-30.

Cabe señalar que en la “prehistoria de los derechos humanos” el poder político fue limitado por medio de fueros y declaraciones entre los que destacan la Carta Magna Leonesa (España, 1188), la “Gran

La igualdad, del latín *aequalitas* – *ātis*, es definida como la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad y significa un tipo de relación o nexo entre dos o más objetos del conocimiento que tienen, entre sí, propiedades comunes o similares que permiten calificar una relación de “igualdad”. Esta última supone que los seres comparados sólo coinciden en alguno o algunos de sus aspectos o elementos semejantes –de lo contrario existe identidad, esto es, igualdad de toda cosa consigo misma⁶⁵– de lo que se sigue que aquélla es relativa, no absoluta; característica que aplicada a los seres humanos se traduce en que en todos ellos existe un mínimo de

Carta” de San Gaudens (Francia, 1203) y la Carta Magna inglesa (Inglaterra, 1215). A partir del siglo XIV y al margen de una sociedad autárquica organizada bajo el sistema feudal, de modo paulatino el reconocimiento de los derechos individuales se plasmó primero en la *Declaración de Derechos de Virginia* (junio de 1776) al proclamar ésta que “[...] Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados [...]”; nociones que fueron reafirmadas en la *Declaración de Independencia* (julio de 1776) donde los colonos, luego de afirmar la necesidad del pueblo de “[...] disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho [...]”, sostuvieron como verdades evidentes que “[...] todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables [...]” entre los que se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad y que “[...] para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados [...]”. Estos documentos y el espíritu filosófico del siglo XVIII inspiraron la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 que, a su vez, sirvió de preámbulo a la primera constitución de la revolución francesa (septiembre de 1791).

En la misma senda constituciones posteriores –de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917; la del imperio (Reich) alemán, de 1919 (Constitución de Weimar) y la de Italia, de 1947– junto con consagrar la igualdad como derecho humano fundamental, establecieron la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan o dificulten su efectiva realización, tarea propia del Estado social de derecho que asume la ejecución de acciones dirigidas a conseguir la eliminación y/o superación de las desigualdades reales que afectan a los integrantes del grupo social respectivo.

⁶⁵ FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Atlante, México, 1944, p. 353.

similitud que precisamente constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano (PETZOLD-PERNIA, Hermann, 1993: p. 89). Por cierto, el derecho en análisis no se establece en abstracto sino que en una *relación concreta* toda vez que para determinar las semejanzas y diferencias entre dos o más seres u objetos, para apreciar si ellos son o no tratados de forma igual y poder dar respuesta a las preguntas de igualdad entre quiénes y en qué es preciso compararlos en una relación precisa, definida y de antemano conocida. Ahora bien, lo que hace de esta comparación o cotejo una línea humana valiosa y deseable es el ser justa y lo será en la medida que la relación tenga que ver, de algún modo, con un orden que hay que instituir o, una vez perturbado, restituir, con un ideal de armonía de las partes del todo en el entendido que sólo un todo ordenado tiene la posibilidad de subsistir en cuanto tal (RUBIO LLORENTE, Francisco, 1995: p. 58).

1.5.1 De la igualdad formal

Desde un punto de vista jurídico la igualdad es la facultad de toda persona de exigir que se la trate en las mismas condiciones que a las otras que se encuentran en la misma situación; igualdad que impone una equiparación, una paridad de trato en situaciones iguales y conforme a la cual a los supuestos de hecho iguales deben aplicarse iguales consecuencias jurídicas. Es decir, todos los que están dentro de un mismo grupo o subgrupo deben tener, en relación a la situación que ocupan y las funciones que desempeñan, los mismos derechos y obligaciones⁶⁶ lo que supone la ausencia de

⁶⁶ “De las diversas determinaciones históricas de la máxima que proclama la igualdad de todos los hombres, la única universalmente recogida, cualquiera sea el tipo de Constitución en que esté inserta y cualquiera sea la ideología sobreentendida, es la que afirma que todos los hombres son iguales frente a la ley o, con otra formulación, la ley es igual para todos. El principio es muy antiguo y no puede sino referirse [...] al concepto clásico de isonomía [...] El principio tiene ante todo un significado histórico,

arbitrariedad o, como ha sostenido la doctrina (RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1986: p. 160), admite todas las alternativas salvo la irrazonable o arbitraria. Esta es la denominada igualdad formal que incluye la igualdad *ante la ley* referida a la existencia de normas generales que afectan a todos los individuos sin distinciones y que se expresa en afirmaciones del tipo “todos los hombres son iguales ante la ley” o “la ley es igual para todos”. Es así como el ordenamiento jurídico español la consagra en los artículos 1 y 14 de su Carta Fundamental; mientras el primero preceptúa que España propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, el segundo dispone que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”, estableciendo una estrecha vinculación entre los derechos de igualdad y no discriminación⁶⁷. Por lo tanto, la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley contenida en el artículo 14 CE, como derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, obliga a los poderes públicos a respetarlo limitando así su accionar, al tiempo que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Aquélla veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable, lo que significa que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, esto es, no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Carta Fundamental, sino tan sólo la que

siendo necesario referirlo no tanto a lo que afirma sino a lo que niega, es decir, es necesario entenderlo en su valor polémico”. En BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 70-72.

⁶⁷ No sucedió lo mismo en la Constitución española de 1931 que en el artículo 2 consagraba la igualdad formal en los siguientes términos: “Todos los españoles son iguales ante la ley”. El derecho a la no discriminación, en tanto, estaba establecido en el artículo 25 del mismo texto constitucional que disponía “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas”.

introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable⁶⁸. Sobre el particular, la jurisprudencia ha establecido que la constitucionalidad de la diferencia de trato queda determinada por la estricta observancia del principio o juicio de proporcionalidad que, a su vez, se entiende superado cuando aquella es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), es necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, finalmente, es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio; 103/2002, de 6 de mayo; 5/2007, de 15 de enero y 41/2013, de 14 de febrero).⁶⁹ En consecuencia y como se ha pronunciado TC desde la sentencia 22/1981,

⁶⁸ En concordancia con estas ideas, el Código del Trabajo chileno establece en su artículo 2 que “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”, entendiéndose por tales “[...] las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”.

⁶⁹ La práctica empresarial que exige a las mujeres enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios en la empresa en planta y consultas externas llevar en su trabajo falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el conocido pijama sanitario de dos piezas, pantalón y chaqueta que usan los trabajadores masculinos de las mismas categorías profesionales y que desarrollan su actividad en las mismas dependencias no supera el juicio de proporcionalidad. Esto porque dicha medida evidencia y pretende proyectar hacia el exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios, razón por la cual no aparece objetivamente justificada. Además, la medida en cuestión no resulta proporcional en relación con el derecho de igualdad y no discriminación ni necesaria, pues si la empresa concediera a las enfermeras y auxiliares de planta y consultas afectadas que así lo desearan la opción de llevar la vestimenta uniformada del pijama sanitario se podría materializar la comprensible finalidad pretendida por la empresa de uniformidad de sus empleados para que los usuarios conozcan, en todo

de 2 de julio que recoge la doctrina del TEDH en relación con el artículo 14 CEDH, lo prohibido son las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables de valor generalmente aceptado; por cierto, serán los órganos jurisdiccionales los encargados de ponderar las circunstancias concurrentes en las cuestiones que ante ellos se susciten y la trascendencia constitucional del derecho de igualdad de acuerdo con los intereses y valores a que el mismo responde. Por consiguiente, el reproche que desde la perspectiva constitucional procede formular a las resoluciones que no valoran adecuadamente la dimensión constitucional *ex* artículo 14 CE no es tanto ni sólo que renuncien a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera tengan en cuenta que este derecho está en juego y que puede quedar afectado habida consideración de que la razonabilidad de la distinción utilizada por el legislador es deducida de los fines perseguidos por aquél los que, a su vez, deben ser legítimos para legitimar de reflejo toda la operación diferenciadora (por todas, SSTC 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo).

1.5.2 De la igualdad real, sustancial o material

[...] el derecho y las instituciones pueden ser ejecutadas igualitariamente y ser, sin embargo, injustas. Tratar de manera semejante los casos semejantes no es una garantía suficiente de la justicia sustantiva [...]. Teoría de la Justicia, Rawls con cita a SdGwick

La historia de la humanidad ha demostrado que la igualdad formal, al ser un concepto ciego a las diferencias so pretexto de la neutralidad de la ley, no ha podido dar respuesta satisfactoria a los desequilibrios sociales y a las a veces excesivas diferencias en las condiciones de vida de los grupos humanos; la carencia de tratamiento médico

momento, la calidad o condición de la persona empleada de que se trate. STS, Sala 4º de lo Social, de 19 de abril de 2011, FJ 6.

adecuado para las personas enfermas de SIDA, el confinamiento de ciertas comunidades indígenas en tierras desvalorizadas o la realidad que enfrentan las mujeres jefas de hogar que deben desempeñar trabajos informales o sub remunerados son sólo algunas de las manifestaciones de las disparidades que por razón de sexo, etnia o nivel social afectan a los grupos humanos. En atención a esta realidad la tradición de pensamiento humanista y socialista exigió la intervención del Estado para garantizar el acceso igualitario a los derechos sociales (trabajo, educación, salud y vivienda) y así permitir a los individuos alcanzar condiciones de vida dignas; surge entonces la noción de igualdad sustancial, real o material que complementaria –no antagónica– de la igualdad formal como diferenciación posibilita la reflexión sobre criterios de redistribución encaminados a satisfacer las necesidades importantes de la comunidad. Esto porque, en su dimensión social, la igualdad material cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho (políticas, económicas, sociales, culturales) para de este modo conseguir la paridad real y efectiva de individuos y grupos (REY MARTÍNEZ, Fernando, 1995; p. 42); dimensión social que es recogida en el artículo 9.2 CE que preceptúa que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. De esta forma la norma citada, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la misma Carta Fundamental, completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias consagrada en el artículo 14 CE con la positiva de promoción de la igualdad material, en el entendido que únicamente desde esta última es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, la participación de los ciudadanos de todos los asuntos públicos puede procurarse tanto con la remoción, cuando sea preciso, de los obstáculos normativos y estrictamente fácticos que la impidan o dificulten como por la promoción de las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. A estos efectos y de

conformidad con un criterio de igualdad material, el Estado debe determinar cuáles son las medidas requeridas para eliminar o reducir los desniveles efectivos en las condiciones de vida producto de la escasez de los medios y recursos y consagrar derechos que, a través del establecimiento de diferencias respecto de quienes sí tienen satisfechas sus necesidades básicas (igualdad de trato material como diferenciación) sustituyan o complementen el esfuerzo personal de aquellos otros que no las tienen cumplidas, permitiéndoles el despliegue de su dignidad y el logro de sus objetivos morales (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1995; pp. 289-293). A modo de ilustración, para favorecer una mayor presencia de mujeres en las candidaturas el artículo 44.bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general (LOREG)⁷⁰ dispone que aquellas “[...] 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”. A juicio de TC la disposición citada no supone un tratamiento peyorativo ni para hombres ni para mujeres ya que, en puridad, no plasma un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos (las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro) ni se basa en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería, por ejemplo, si los elementos de diferenciación utilizados fueran la raza o la edad); antes bien, la medida en referencia atiende a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados. En definitiva, lo perseguido por la norma en cuestión es la efectividad del artículo 14 de la Carta Fundamental en el ámbito de la representación política en el que las mujeres han estado siempre materialmente preteridas no obstante que formalmente son iguales a los hombres.

⁷⁰ Este apartado fue introducido por la Disposición Adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En este mismo orden de ideas el mundo anglosajón aportó la noción de igualdad de oportunidades basada en una imagen de la sociedad en competición en la que los poderes públicos, en situaciones económicas y socialmente importantes, aplican medidas dirigidas a remover los obstáculos que no permiten a los sujetos el goce y disfrute de los derechos y libertades fundamentales; por consiguiente, el objetivo de aquella es situar a los individuos en las condiciones de participación en la competición de la vida o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo a partir de posiciones iguales (BOBBIO, Norberto, 1993: pp. 78 a 82). Así, por ejemplo, las subvenciones de la asistencia social independientes de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios dispensadas por entes públicos u organismos dependientes de los mismos, cualesquiera que éstos sean, actúan como mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social (por todas, SSTC 36/2012, de 15 de marzo y 52/2013, de 28 de febrero). En un principio la igualdad de que se viene hablando se concibió como acceso igual o *igual reconocimiento a igual mérito* y postuló que todos debían tener los mismos derechos legales de acceso a las posiciones ventajosas, con independencia de que la desigual capacidad fuera el resultado de la naturaleza o del hecho de haberla cultivado; noción que fue cuestionada pues en la mayoría de las ocasiones ella se traduce en la fórmula de “carrera abierta al talento” en función de la capacidad y los méritos y no toma en consideración que el desarrollo de las capacidades y la satisfacción de las aspiraciones se ven afectados por la posición de los sujetos en la sociedad. Por lo mismo en una etapa posterior la propuesta fue que el *acceso igual* debía ser complementado con la *igualdad de comienzo igual, de condiciones iniciales* o de puntos de partida en el entendido que en una sociedad justa deben existir, en términos generales, las mismas perspectivas de cultura y éxito para todos quienes se encuentren igualmente motivados y dotados, debiendo crearse las condiciones para que las potencialidades individuales de los integrantes del grupo social se desenvuelvan igualitariamente a fin de facilitarles el punto de partida más ecuánime posible. En

consecuencia, sólo una vez asegurada la igualdad inicial debe permitirse a cada sujeto ascender a tenor de sus méritos y capacidades⁷¹.

Sin embargo, la incorporación de la noción de igualdad en los puntos de partida no puso fin a los problemas porque ella no dio solución a las diferencias innatas a los seres humanos (capacidad intelectual, destreza física, entre otras); en efecto, que el acceso a los puestos dependa sólo de las capacidades con desconocimiento del hecho que los seres humanos nacemos con talentos distintos y que quienes tienen menos dones naturales y/o han nacido en las posiciones sociales menos favorecidas poseen menores oportunidades de acceso a las situaciones ventajosas también genera injusticia. Por lo tanto y dado que nadie merece ni una mayor capacidad natural ni un lugar inicial más favorable en la sociedad, se postula que la igualdad de oportunidades de tipo formal debe ser acompañada de políticas dirigidas a los que son menos favorecidos por razones culturales (mujeres), físicas (*minusválidos*) o de situación (niños) (RAWLS, John, 2011; pp. 96 a 104) para así compensar las ventajas contingentes en dirección a la igualdad (principio de compensación). Surge la *igualdad en los resultados* o *igualdad en el punto de llegada* según la cual deben atribuirse derechos específicos destinados a garantizar a todos, con independencia de su contribución directa al proceso productivo o del libre ejercicio de sus capacidades, unos niveles básicos de bienestar social (PÉREZ LUÑO, Antonio, 2007; pp. 181 a 193)⁷² que permitan la superación de la posición desmejorada o vulnerable que algunos ocupan en la sociedad, así como también ejercer los derechos y conseguir los bienes necesarios para la satisfacción material y espiritual en igualdad de condiciones.

⁷¹ Parte de la doctrina advierte que “[...] la ‘igualdad de comienzo igual’ precede a la ‘igualdad de acceso igual’ aunque, en la realidad, esta relación se invierta pues los medios para conseguir el acceso igual son infinitamente menos dificultosos y menos costosos que los medios para igualar las condiciones de partida” Vid. SARTORI, Giovanni, *Teoría de la Democracia*, Alianza editorial S.A., Madrid, España, 1988, p. 423.

⁷² En el mismo sentido se pronuncia PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, en *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, 1995, pp. 180 a 182.

Basándose en estos razonamientos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la consecución del objetivo igualatorio permite el establecimiento y la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre los distintos colectivos de la sociedad y asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de quienes se hallan en situación desfavorecida. Es el denominado derecho desigual igualatorio fundado en que la igualdad proclamada en el artículo 1.1 CE como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español no sólo se traduce en la igualdad de carácter formal que en principio parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino también en una de índole sustancial. Por consiguiente la igualdad como generalización cede ante la igualdad como diferenciación en aquellas ocasiones en que existen condiciones relevantes para que los destinatarios de un derecho no sean los “hombres y ciudadanos” sino que los integrantes de ciertos y determinados grupos en posición vulnerable. En este contexto se incluyen las acciones positivas (*Affirmative Action* del mundo anglosajón) que, inscritas en el derecho antidiscriminatorio, pretenden establecer políticas y programas concretos que otorguen a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente ha sufrido discriminación a causa de injusticias sociales (mujeres, minusválidos, extranjeros, entre otros) un trato preferencial tanto en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios como a bienes determinados, y/o desfavorecer a los que están ubicados en mejor posición para así alcanzar la igualdad de resultado. En el caso europeo las acciones de que se viene hablando se han centrado en el colectivo femenino, tradicionalmente infrarrepresentado en los ámbitos laboral, profesional y político y al efecto el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976⁷³ dispuso que el principio de igualdad de trato no obsta las medidas encaminadas a

⁷³ D.O. L 39, de 14 de febrero de 1976, p. 40 a 42. Lo dispuesto en la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, fue desarrollado por las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre; 2000/78/CE, de 27 de noviembre; 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre;

promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que las afectan en materias de acceso y promoción en el empleo, formación profesional, condiciones de trabajo y seguridad social. No obstante que la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984⁷⁴ hizo un reconocimiento más explícito de la acción positiva al disponer que los Gobiernos, los interlocutores sociales y otros organismos competentes deberían emprender acciones tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad y adoptar una política de acción positiva destinada a eliminar las desigualdades de hecho de que son objeto las mujeres en la vida profesional y promover la participación de ambos sexos en el empleo, el Tribunal de Justicia europeo ha interpretado restrictivamente el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE pues al combatir una diferenciación mediante acciones que aparentemente también son discriminatorias y en las que el beneficio del grupo favorecido tiene como contrapartida ineludible el perjuicio de quienes no pertenecen a él, constituye una excepción al principio de no discriminación directa. Es así como de conformidad con este criterio el tribunal excluyó la posibilidad de dar preferencia absoluta a las candidatas mujeres en la promoción en el empleo (asunto Kalanke, C-450/93, de 17 de octubre de 1995) para posteriormente dictaminar que sólo son compatibles con el derecho comunitario las medidas de acción positiva que no imponen una prioridad absoluta y que incluyen una cláusula de apertura (“Öffnungsklausel”) que permite promover a un candidato varón en el que concurran motivos o criterios que permitan inclinar la balanza a su favor (asunto Marschall, C-409/95, de 11 de noviembre de 1997). De esta forma, las acciones dirigidas a promover prioritariamente a los integrantes de grupos tradicionalmente marginados son

2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre y 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 05 de julio. Hay que destacar que ya la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, se refirió a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

⁷⁴ D.O. núm. L 331 de 19 de diciembre de 1984, pp. 0034 – 0035.

compatibles con el derecho comunitario a condición de que no concedan la preferencia de modo automático e incondicional sino que contemplen la apreciación objetiva de las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Este razonamiento, criticable en la medida que incorpora conceptos tan abstractos como el “mérito” que pueden poner en duda la propia acción positiva y que no reflexiona en la necesidad de incorporar acciones positivas que incidan directamente en la igualdad inicial de oportunidades (SASTRE IBARRECHE, Rafael, 2004), sigue presente en la jurisprudencia comunitaria. En efecto, en los asuntos Badeck (C-158/97, de 28 de marzo de 2000), Abrahamsson v. Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist (C-407/98, de 06 de julio de 2000) y H. Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (C-476/99, de 19 de marzo de 2002) el Tribunal de Justicia sostiene que resulta desproporcionado, en relación con el objetivo de garantizar la plena igualdad entre los sexos, el método de selección de personal establecido por una normativa nacional que permite dar preferencia a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado mediante el establecimiento de un requisito único cuyo alcance no queda determinado de forma precisa y que no realiza un examen objetivo de las candidaturas considerando las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos.

Siempre en relación con las medidas de acción positiva, el reconocimiento de las mismas fue confirmado con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (mayo de 1999) que precisó que “[...] 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” (artículo 141.1 y 4). De conformidad con lo expuesto, la doctrina elaborada por TC en la materia indica que el derecho de igualdad no obsta la introducción de diferencias que, en todo caso, deben cumplir ciertas condiciones, a saber, suficiente justificación de la distinción, que ésta aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y que sus consecuencias no resulten

desproporcionadas. En conclusión, el uso de las medidas de que se viene hablando debe quedar reservado a los casos en que no es posible obtener, en tiempo razonable y con medidas menos extremas, el mismo fin de equiparación en un sector social determinado (*necesidad*). Además, la utilización de las mismas requiere acreditar objetiva y fehacientemente –a través de estadísticas comparativas– la desigualdad de hecho arraigada y profunda en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate (*objetividad*) y deben cesar una vez alcanzados los objetivos de igualdad de oportunidades y trato en los ámbitos a que se dirigen sin que, en ningún caso, puedan actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de la población excluido (*transitoriedad*). Finalmente al afectar los derechos fundamentales –materia sensible para el Estado de derecho– ellas deben ser establecidas por ley (*legalidad*) que asegure la pluralidad y publicidad necesarias para su adopción (REY MARTÍNEZ, Fernando, 1995; pp. 77 y 78). En definitiva y no obstante la resistencia de algunos sectores⁷⁵, es admisible la introducción de diferencias (acciones positivas) a condición de que ellas estén justificadas por un propósito legítimo, a saber, garantizar en la práctica la plena igualdad mediante la promoción prioritaria de aquellos individuos tradicionalmente infrarrepresentados en las relaciones sociales.

⁷⁵ Quienes se oponen a la implementación de las acciones positivas sostienen que ellas se valen de una desigualdad para corregir una disparidad precedente, esto es, utilizan un factor de discriminación prohibida para amparar la diferencia de trato a favor de ciertos grupos vulnerables olvidando que la ausencia de discriminación es un concepto tan absoluto que no admite excepción por razones tales como el sexo, la raza o el credo; no es moralmente aceptable tomar en cuenta esas mismas características para compensarlas por el acto de discriminación. Por otra parte, es difícil determinar cuáles son las diferencias relevantes que dan lugar a un tratamiento desigual; al reforzar la ideología de la desigualdad e introducir factores de paternalismo, las acciones positivas resultan ineficaces y contraproducentes. Por lo mismo la propuesta de parte de la doctrina es igualar las oportunidades, no los resultados, en el entendido que la existencia de las primeras en un contexto de reconocimiento de la libertad individual permite a los sujetos la opción entre varias posibilidades.

1.6 Sobre la prohibición de discriminación

Las explicaciones precedentes dirigen el análisis a la discriminación que, como faz negativa de la igualdad, significa dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad en razón de algún factor o motivo. Aquella admite varias clasificaciones, a saber, intencional o no intencional según si hay o no voluntad de producirla, individual o institucional según sea “con” o “sin” actores en distintos ámbitos (laboral, educacional, de vivienda, entre otros) y, que es la más interesa a efectos de este trabajo, directa o indirecta; mientras la primera hace referencia a toda situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada injustificadamente de una manera menos favorable que otra en una situación comparable, la segunda se configura cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros en el hecho pone a integrantes de un grupo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro.

Ahora bien, lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata (caso del sexo, la raza o la discapacidad física y/o psíquica) o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas (como la opinión política o el credo religioso) de lo que resulta un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (STC 36/2011, de 28 de marzo). En efecto, por el hecho de atentar contra valores superiores especialmente protegidos los denominados “factores de discriminación prohibida” –aquellos conforme a los cuales no es legítimo discriminar– son objeto de una especial valoración negativa profundamente enraizada en la evolución de los grupos humanos y en las prácticas sociales y, de hecho, ellos permitan conocer cuáles son las concepciones vigentes en torno a la igualdad en un grupo social determinado.

El artículo 14 CE establece como factores de discriminación prohibida el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión finalizando con la fórmula abierta “[...] o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” conforme a la cual pueden además quedar comprendidos en dicha prohibición otros factores tales como la edad, la discapacidad o la orientación sexual. Es decir y tal como ha confirmado la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 41/2006, de 13 de febrero; 233/2007, de 5 de noviembre; 63/2011, de 16 de mayo y 41/2013, de 14 de febrero) la enumeración contenida en la referida disposición constitucional no es taxativa y no pueda verse en ella una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas la Carta Fundamental; en todo caso, la referida cláusula genérica no debe interpretarse de manera que todo criterio de diferenciación o todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio pueda entenderse incluido, sin más, en la prohibición de discriminación pues, si así fuere, esta prohibición se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta (STC 36/2011, de 28 de marzo, con cita a la STC 62/2008, de 26 de mayo). Por cierto, la fórmula abierta contenida en el citado artículo 14 posibilita que en la regulación de una determinada materia se introduzca una desigualdad de trato normativo fundada en alguno de los factores de discriminación prohibida pero a condición de que aquella no sea arbitraria, injustificada o irrazonable. Es decir, excepcionalmente es posible establecer diferenciaciones jurídicas fundadas en dichos motivos, aunque en estos casos el canon de control al enjuiciar la legitimidad de las diferencias y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como también más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación. Esta última que recae sobre quien asume la defensa de la misma (inversión de la carga de la prueba) impone el deber de probar, sin que baste intentarlo, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito contrario a la igualdad⁷⁶.

⁷⁶ El Tribunal Constitucional ha dictaminado en sus sentencias 98/2003, de 2 de junio y 233/2007, de 5 de noviembre que este *onus probandi* se torna aún más riguroso que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 de la Constitución española,

1.6.1 La raza como factor de discriminación prohibida

Como consecuencia de la sedimentación de sucesivas corrientes migratorias en los distintos momentos históricos, las sociedades contemporáneas son mixtas y plurales; España no constituye una excepción en la materia habida consideración de que a comienzos de la década de los ochenta invirtió su pauta inmigratoria y de país de emigración pasó a ser uno de inmigración con habitantes procedentes de países de la Europa comunitaria, latinoamericanos, africanos, asiáticos y de Oceanía⁷⁷. Sin perjuicio de que esta realidad constituye una oportunidad de enriquecimiento cultural para los pueblos, plantea el desafío de armonizar las diferencias culturales a fin de alcanzar una sana y pacífica convivencia entre individuos de orígenes raciales diversos portadores de tradiciones, creencias y formas de ver el mundo no solo distintas sino que, en ocasiones, incompatibles. Sin embargo, el logro de este objetivo no está exento de dificultades y en ocasiones se traduce en un choque de civilizaciones y culturas pues la población autóctona se siente amenazada y reacciona con violencia ante los

habida consideración de que esas prohibiciones de discriminación implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*.

⁷⁷ Entre 1991 y 2010 los extranjeros procedentes de países de la Europa comunitaria constituían, con un 41,4 por cien, el primer gran grupo de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor en España (2.037.860 sobre un total de 4.926.608 extranjeros con permiso de residencia). El siguiente gran grupo de extranjeros (27,9 por cien en 2010) estaba formado por los que contaban con alguna nacionalidad latinoamericana: ecuatorianos (8,1 por cien), colombianos (5,5 por cien), peruanos (2,8 por cien) y bolivianos (2,5 por cien). Tanto en 2009 como en 2010 los extranjeros procedentes de África representaban una quinta parte de los extranjeros residentes en España. Finalmente y con proporciones muy inferiores se hallaban los asiáticos (6,4 por cien), los europeos de países no comunitarios (2,7 por cien), los norteamericanos (0,4 por cien) y los procedentes de países de Oceanía (0,04 por cien). CEA D'ANCONA, María Ángeles y VALLES MARTÍNEZ, Miguel, *Evolución del racismo y la xenofobia (Informe 2011)*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, España, 2011, p. 53.

inmigrantes; aparecen las diversas manifestaciones de la discriminación fundada en la raza cuya erradicación exige la reflexión sobre dicho fenómeno y la problemática que la sociedad multicultural plantea a los Estados.

La raza no se limita al sentido biológico y científico de especies ‘cerradas’ del hombre con unas variables genéticas diferenciadoras reflejadas en unas características físicas hereditarias distintas sino que, en realidad, tiene un significado genérico, elástico e impreciso que alude a grupos diferenciados históricamente (ONU, 1950) pero que pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen; de ahí su igualdad en dignidad y derechos. Aun cuando el Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece que el goce de los derechos y libertades en él reconocidos “[...] ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”, la raza ha servido de fundamento para la exclusión de colectivos que son estigmatizados por sus costumbres o por considerárseles una amenaza para la integridad nacional⁷⁸. De hecho parte de la doctrina postula la existencia de un “racismo sin razas” cuyo tema dominante no es la herencia biológica sino la irreductibilidad de las diferencias culturales, un racismo que a primera vista no postula la superioridad de unos grupos o pueblos respecto de otros

⁷⁸ En el derecho antidiscriminatorio la teoría del estigma procede de Kenneth Karst, para quien el centro de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. En concordancia con lo anterior, este derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante; aquél protege contra la degradación o imposición de un estigma que es la actitud con la que los “normales”, “la mayoría” miran a aquellos que son diferentes. Como señala REY MARTÍNEZ, las minorías raciales encajan a la perfección en la categoría de “casta” víctima de un “estigma”. REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación racial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Pensamiento Constitucional* N° 17, 2012, p. 295.

sino “simplemente” la nocividad de la desaparición de las fronteras, la incompatibilidad de las formas de vida y de las tradiciones: lo que se ha podido llamar con razón un racismo diferencial (CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo, 2003; pp. 43-45). La discriminación, especialmente la racial o étnica, viene a constituir una de las manifestaciones más relevantes de este nuevo racismo que ha sustituido al referente biológico ‘razas’ de los planteamientos racistas tradicionales por el referente sociológico de la cultura; incluye la segregación o separación histórica o heredable basada en unas claras diferencias genéticas, en la procedencia u origen nacional o étnico, el linaje y, a través del nacimiento, el origen o procedencia social (RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAAMONDE, M. Emilia, 1986; p. 182).

Fundada en el sentimiento de superioridad de unos respecto de otros, habrá discriminación racial cuando “[...] por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”, así como también “[...] cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios” (Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio)⁷⁹. Esta diferenciación ejercida por todos los sujetos e instituciones del grupo racial dominante que para defender sus intereses y perpetuar su supremacía imponen sus conceptos y organización política sobre otros

⁷⁹ En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965, dispuso que la discriminación racial denota “[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

pueblos pudiendo, incluso, exacerbar las diferencias raciales para legitimar su poder, “expresa desprecio y es profundamente injusta [...] es completamente destructora de las vidas de sus víctimas [...] no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir” (DWORKIN, Ronald, 2000). Por cierto, la prohibición de la discriminación en análisis, en la que encuentra su origen el derecho antidiscriminatorio norteamericano⁸⁰, es un principio general de la Unión consagrado en el Derecho primario en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales y simplemente concretado en las Directivas 2000/43/CE, del Consejo y 2000/78/CE del Consejo, por cuanto la desigualdad basada en el origen racial o étnico no sólo afecta la solidaridad y la cohesión económica y social al no brindar reconocimiento completo e igualitario a todos los colectivos de la sociedad (población autóctona e inmigrante) sino que puede hipotecar el objetivo de desarrollar la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia (Directiva 2000/43/CE, Considerando 9º y Dictamen CES (2009/C 77/24), p. 10). Por lo mismo, junto al rechazo de toda diferenciación motivada únicamente en el factor en análisis, se insta a los Estados miembros a desplegar esfuerzos tendientes a impedir el surgimiento de expresiones de hostilidad contra las personas con características diferentes –individuos de raza negra, las minorías étnicas, los pueblos indígenas, los

⁸⁰ Un hito en esta materia lo marca el caso Griggs porque la Corte Suprema norteamericana lo usó para definir la discriminación indirecta. Willie Griggs demandó a la empresa Duke Power Company argumentando que el hecho que aquella requiriera el grado de bachillerato para los carboneros era injusto y discriminatorio. El fallo de 1971 a favor del demandante estableció que la discriminación no necesariamente debe ser franca y abierta y que las prácticas para emplear deben guardar relación con el desempeño del trabajo y que es el empleador quien debe probar que las normas para la contratación se relacionan con el puesto de trabajo si las consecuencias de éstas son inequitativas para los miembros de una clase protegida. En palabras del magistrado Burger: “La ley proscribe no sólo las discriminaciones francas y abiertas, sino también las discriminaciones que son justas de forma pero de hecho son discriminatorias. La piedra de toque es la necesidad del negocio. Si no se puede probar que una práctica para emplear, que desemboca en la exclusión de los negros está relacionada con el desempeño del trabajo, entonces tal práctica queda prohibida”.

nacionales de origen extranjero— a fin de alcanzar una efectiva integración intercultural que incluya a todos los actores y comprenda todos los aspectos de la vida social⁸¹.

Cabe advertir que por lo menos hasta 2005 la tutela brindada por el TEDH frente a la diferenciación fundada en la raza fue escasa, laxa y con vacilaciones importantes exigiendo, en algunos casos, la prueba de actitudes o móviles racistas “más allá de toda duda razonable” (asunto Velikova contra Bulgaria, de 18 de mayo de 2000) e imponiendo al demandante un estándar probatorio muy exigente difícil de satisfacer. Se advierte un giro a partir de la sentencia Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005, pues , frente a una alegación de prejuicio racista, establece la obligación de las autoridades estatales de llevar a cabo una investigación efectiva sobre esta conexión con el deber adicional de adoptar las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista en un incidente que implique el uso de la fuerza por los agentes estatales; la sentencia dispone que, en estos casos, corresponde a las autoridades nacionales demandadas la carga de probar que no habido discriminación operando así la inversión de la carga de la prueba. Adicionalmente, la jurisprudencia comunitaria ha establecido que para que se configure una discriminación racial —directa o indirecta— sólo se requiere la existencia de un trato menos favorable o una desventaja fundada en

⁸¹ En este contexto y habida consideración de que el fenómeno inmigratorio y la discriminación racial requieren ser abordados con una visión amplia que comprenda las diversas aristas implicadas, en 1990 fue creada la Oficina para Instituciones Democráticas de Derechos Humanos (OIDDH), cuerpo principal para promover los derechos humanos dentro de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que tiene entre sus áreas prioritarias la libertad de religión o creencia, el anti-terrorismo y los derechos consagrados en el Mecanismo de Moscú. Por su parte, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI), formada en 1993 e integrada por un miembro de cada Estado del Consejo de Europa nombrado por los gobiernos, lucha contra el racismo, la xenofobia, el anti-semitismo y otras formas de intolerancia; además, evalúa la eficiencia de las medidas existentes contra la intolerancia, desde la política hasta la legislatura en niveles locales, regionales y nacionales. En <http://www.hrea.net/learn/guides/europa.html>

la raza, con independencia de en relación con qué se produzca dicho trato o desventaja, de que efectivamente se lesionen derechos o intereses o de qué derechos se lesionen⁸².

Sin embargo, el derecho en análisis presenta varios problemas derivados, entre otros, de la complejidad para determinar cuándo se está en presencia de un acto discriminatorio fundado en la raza. En efecto, ha sido necesario que en sede judicial se declare que constituye discriminación racial directa la declaración pública de un empleador de que no serán admitidas las solicitudes de trabajo de personas de determinado origen étnico por ejercer aquella un efecto humillante y desmoralizador en las personas de tal origen que quieren integrarse al mercado de trabajo y, en particular, en las que habrían estado interesadas en trabajar para el empleador en cuestión; del mismo modo, la exigencia impuesta a todo solicitante de un empleo de someterse a una prueba en una lengua particular, incluso si dicho conocimiento lingüístico no es necesario para el desempeño del puesto vacante, es constitutiva de discriminación indirecta por razón de raza en el entendido que dicha prueba puede excluir a todas las personas que tienen otra lengua materna (Conclusiones N° C-54/07 del Tribunal de Justicia, de 12 de marzo de 2008, apartados 9, 15 y 16). Por otra parte, hay situaciones en que la discriminación racial puede pasar inadvertida como en el caso del control policial realizado a una persona de color en una estación ferroviaria; si bien pesa sobre los extranjeros el deber de llevar consigo la documentación con la que hubieren efectuado su entrada en España y la que acredite su identidad y su situación en el país y exhibirla cuando fueren requeridos por las autoridades o sus agentes, resulta constitucionalmente cuestionable que dicho control se funde únicamente en el hecho de que sus características físicas o étnicas son

⁸² La discriminación por origen racial o étnico no exige la lesión de derechos o intereses establecidos legalmente y, por lo tanto, son incompatibles con la Directiva 2000/43/CE, por no alcanzar los requisitos mínimos establecidos por el Derecho de la Unión, aquellas disposiciones nacionales que hacen depender la existencia de la discriminación de la lesión de derechos o intereses establecidos por ley. Cfr. Conclusiones N° C-394/11 del Tribunal de Justicia, de 20 de septiembre de 2012, apartados 62, 71 y 76.

racionalmente indiciarias de su origen no nacional porque esto supone la introducción de un criterio basado en la pertenencia a un grupo racial específico. Adicionalmente, la posibilidad de reiterados controles policiales de este tipo no sólo tiene previsibles efectos negativos para la dignidad de las personas sino que frustra el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española (STC 13/2001, de 29 de enero⁸³).

⁸³ El Magistrado D. Julio Diego González Campos sostuvo en su voto particular a esta sentencia que es indudable que la realidad plural de la sociedad española genera contradicciones en cuanto a los objetivos de política legislativa en la materia y, por lo mismo, debería conducir a la formulación de interrogantes relativas a si es constitucionalmente legítimo un control general de los extranjeros, si es posible uno no discriminatorio ante una diversidad de situaciones como las indicadas y cómo puede llevarse a cabo ese control sin que su práctica afecte a la dignidad de la persona consagrada en el artículo 10.1 de la Constitución española. Respecto a lo primero, el dato relevante es que las modificaciones de la legislación española sobre extranjería, desde la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, hasta la Ley 4/2000, de 11 de enero y sus modificaciones, han ido acentuando con intensidad creciente el objetivo de "control de extranjeros", al igual que en otros Estados de la Europa comunitaria. Ahora bien, dicho control sólo constituye un residuo histórico del "Estado policía" y la "policía de extranjeros", entendida como control de alcance general, que en principio se acomoda mal con los valores de un Estado democrático y social de Derecho (artículo 1.1 de la Carta Fundamental). Por cierto, el control general realizado fuera de su ámbito natural, esto es, en un lugar distinto y lejano de los puestos autorizados para la entrada de los extranjeros se ha potenciado en España a partir de 1994, tras la adhesión al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, aun cuando no cabe estimar que el control con esas características venga impuesto por el Derecho comunitario. Si lo que se pretende es buscar la legitimación del control general de extranjeros en otros bienes constitucionalmente relevantes como la seguridad ciudadana o la protección del mercado nacional de trabajo, las medidas adoptadas para ejercer aquél deberían someterse necesariamente a un juicio de proporcionalidad para que sus fines no resulten distorsionados y, en particular, para determinar si tales medidas, aun siendo acordes con esa finalidad, son en sí misma proporcionadas. De lo contrario no sólo se conduce a una mayor intensidad del control, sino que se atribuye a los extranjeros una imagen socialmente negativa susceptible de provocar, como ha ocurrido en varios países europeos, reacciones xenófobas; desde la perspectiva del mercado de trabajo puede conducir paradójicamente tanto a la ausencia de control policial como una tolerancia en las condiciones de trabajo y vivienda de los inmigrantes en aquellas zonas del territorio nacional en las que existe demanda de mano de obra extranjera.

Otro tanto sucede con el marco institucional discriminatorio, esto es, las normas jurídicas vigentes y las prácticas administrativas que colocan a las personas de determinado grupo racial y étnico en una condición de marginación política y pobreza que les dificulta acceder a todo lo que se vincula con las relaciones de la comunidad (vivienda, servicios médicos, seguridad social y/o lugares públicos) sin los canales correspondientes para poder salir de esa condición de manera colectiva (CAMPBELL BARR, Epsy, 2005: p. 1).⁸⁴

1.6.1.1 De la discriminación racial en el mercado laboral español

En el ordenamiento jurídico español la discriminación de que se viene hablando es prohibida por el artículo 14 CE al tiempo que en el entendido que las manifestaciones discriminatorias, racistas o xenófobas impiden alcanzar la paz y cohesión social la legislación específica junto con dar un concepto de discriminación, precisar cuáles son los supuestos que constituyen actos discriminatorios y conceder tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales, dispone que como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que aquella les reconoce en condiciones de igualdad con los españoles (artículos 3.1 y 24 LOEX); se consagra así uno de los principios de la política inmigratoria española, a saber, la “efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de igualdad de derechos y

⁸⁴ La negativa de la prestación de viudedad a una mujer que figura en la cartilla de la Seguridad Social como beneficiaria del fallecido en calidad de esposa en razón de que dicha calidad deriva de un matrimonio celebrado según los ritos y normatividad de una cultura (gitana) no reconocida por el ordenamiento jurídico español es un ejemplo de marco institucional discriminatorio. El mismo configura un supuesto de discriminación racial indirecta toda vez que la escrupulosa neutralidad de la norma prescinde de las condiciones y factores de hecho concurrentes en la situación concreta y reconocida a otros efectos. STC 69/2007, de 16 de abril.

obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen en España, en los términos previstos en la Ley”.

En este mismo orden de ideas, la discriminación racial en el mercado de trabajo está referida a las diferencias existentes entre trabajadores con cualificaciones similares ya sea en relación con los salarios, el empleo o la posición ocupacional y que pueden presentarse a través de los sesgos existentes en empresarios, trabajadores, sindicatos o consumidores (FREEMAN, R., 1994: pp. 151-169); la prohibición de la misma se justifica en la constatación de que el empleo y la ocupación son esenciales para alcanzar la plena integración de los inmigrantes y consecuentemente la paz social. De ahí entonces que sin perjuicio de que LET reconozca los derechos de igualdad y no discriminación por motivos de raza tanto en el acceso al mercado de trabajo como durante el desarrollo y término de la relación laboral, la adecuada comprensión de la discriminación racial en el mercado de trabajo español hace necesaria la consideración de sus características específicas producto de los cambios sociales y demográficos experimentados por la sociedad en las últimas tres décadas. A este respecto cabe advertir, en primer lugar, que el crecimiento económico operado entre los años 1986-1992 y luego entre 1994 y hasta fines de 2007 permitió el desarrollo del Estado de bienestar, al tiempo que la incorporación del país a las Comunidades Europeas provocó el aumento del nivel educativo de la población activa, la creciente incorporación de las mujeres a la vida activa laboral, el mantenimiento de las redes familiares, el rápido aumento de las expectativas sociales y la creciente concentración de rentas. Paralelamente se produjo una fuerte demanda de servicios auxiliares normalmente relacionados con el cuidado de personas (niños, mayores, discapacitados) que, en general, los españoles se mostraron poco interesados en desempeñar.

Por otra parte y como consecuencia de las bajas tasas de natalidad y mortalidad y la elevada esperanza de vida, desde mediados de los setenta y hasta fines de la década de los noventa España asiste al envejecimiento progresivo de su población autóctona. En

efecto, de los casi 700.000 nacidos cada año entre mediados de los sesenta y mediados de los setenta se pasó a 363.000 nacidos en 1996; es decir, hubo un descenso de un 48 por cien en la tasa de natalidad que se tradujo en una disminución de la población activa⁸⁵ pues si en 1992 pudieron incorporarse al mercado de trabajo 700.000 personas, en 2012 la cifra se redujo a 363.000. Se apreció un cambio de tendencia entre los años 2003 y 2012 por cuanto el promedio de nacimientos en dicho periodo ascendió a 435.561.6 aunque, eso sí, el 20,66 por cien de este promedio (88.750.804 nacidos) correspondió a nacimientos en los que al menos uno de los padres era extranjero; de hecho, la incidencia de estos últimos en el total nacional experimentó un aumento sostenido entre los años 2003 y 2011 mostrando un leve retroceso (un punto porcentual) en los años 2011 y 2012.

La mortalidad, otro de los componentes demográficos determinantes de la evolución del volumen y estructura demográfica de una población, disminuyó cuatro puntos porcentuales en la década de 2000 alcanzando, en 2012, los 13,05 por mil; en tanto, la esperanza de vida al nacer subió de los setenta y nueve años de 2003 a los ochenta y dos años en 2012. Indudablemente esta realidad demográfica dificulta dar una respuesta adecuada a las demandas del mercado porque repercute en la tendencia futura de las tasas de actividad toda vez que la combinación de los factores antes indicados junto con disminuir la productividad del país impacta la planificación de los sistemas sanitarios y el financiamiento de la Seguridad Social; efectivamente, el descenso de la tasa de mortalidad, unida al aumento de la esperanza de vida, se traduce en una población pasiva creciente cuyo mantenimiento queda a cargo de una población activa cada vez menor.

⁸⁵ Se definen como activas las personas de 16 y más años que contribuyen a la producción de bienes y servicios económicos o que están sin trabajo, disponibles y haciendo gestiones para incorporarse a dicha producción.

En este contexto, la combinación de los factores de atracción (acelerado crecimiento económico, altas tasas de empleo y escolaridad en España) y de rechazo (bajos salarios, altas tasas de desempleo y escasa escolaridad en los países de origen) se ha traducido en un aumento considerable del número de activos inmigrantes (no comunitarios) que de 572.000 en el año 2000 (3,1 por cien de los activos en España) pasaron a 3.711.000 en 2009 (16,1 por cien de los activos en España); es decir, en el lapso de nueve años se multiplicó por más de seis el número de extranjeros activos en territorio español. Esta realidad inmigratoria, junto con mitigar el problema socio-demográfico del envejecimiento de la población⁸⁶, ha permitido satisfacer los requerimientos de mano de obra del mercado de trabajo español. Sin embargo y aun cuando la normativa consagra el derecho de todos los trabajadores a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de raza (artículo 4.2.c) LET) existe una proporción inaceptablemente grande de inmigrantes que enfrenta serias dificultades ya sea para acceder al mercado regular de trabajo en igualdad de condiciones con los españoles o bien para permanecer en el mismo; situación que suele agudizarse en tiempos de crisis económica porque no obstante que la normativa dispone que el despido disciplinario que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador será nulo y tendrá por efecto la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (artículo 55.5 LET), a partir del primer trimestre de 2009 los niveles de desempleo de los inmigrantes en España aumentaron de manera dramática (entre el cuarto trimestre de 2008 y el tercer trimestre de 2011 se perdieron 513.000 de estos empleos); si en 2011 el paro de la población

⁸⁶ Si en el periodo que va desde el 1º de enero de 1999 a la misma fecha de 2009 la población española había crecido en seis millones de personas (exactamente 6.025.345 individuos), la extranjera con autorización de residencia (datos al 31 de diciembre del año anterior) lo había hecho en cerca de cuatro millones (3.753.852 residentes más); es decir, el 62.3 por cien del crecimiento de la población de España durante el periodo indicado obedeció al incremento de extranjeros con autorización de residencia o certificado de registro en vigor. En www.extranjeros.mtin.es

autóctona fue de un 19 por cien, el de la población inmigrante alcanzó un 32 por ciento, siendo mayor dicha tasa entre los extranjeros no comunitarios, especialmente marroquíes y otros colectivos no latinoamericanos⁸⁷. Además, entre los años 2011 y 2014 en España la tasa de actividad descendió en más de 850.000 personas, de las cuales 400.000 corresponden a población activa extranjera (47 por cien del total)⁸⁸. Cabe agregar que la discriminación racial aparece íntimamente vinculada con los cambios producidos en la gestión de la migración laboral, la imposición de restricciones a la contratación de extranjeros no residentes y la reducción en el uso de instrumentos de contratación de los mismos (OCDE, 2014); situación que obedece a la desconfianza e incluso temor que se tiene a los extranjeros, los cuales suelen ser mirados en la sociedad receptora como un problema y no como una oportunidad.

Las manifestaciones de las diferenciaciones fundadas en la raza también se presentan durante el desarrollo de la relación laboral; los inmigrantes suelen tener peores condiciones laborales que los nacionales en términos de tipo de contrato y horas trabajadas y ser relegados a las ramas de la actividad menos atractivas –construcción, agricultura, hostelería y servicios domésticos– y a ocupaciones de menor nivel o más penosas, peligrosas y precarias, caracterizadas por el abuso y la explotación (trabajo forzoso, salarios bajos, inexistencia de una verdadera protección social, privación de la libertad sindical y derechos sindicales, entre otros). Es así como en el período comprendido entre los años 2009 y 2013 las autorizaciones de trabajo concedidas a extranjeros en España alcanzó la cifra total de 1.399.591, de las cuales el 67 por cien (950.333) correspondió al sector servicios⁸⁹ caracterizado por la inseguridad, los salarios

⁸⁷ Encuestas de Población Activa (EPA). Disponibles en http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_resultados_1.htm

⁸⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, Análisis de la evolución reciente de la población activa en España (Primer trimestre de 2011 a primer trimestre de 2014), Madrid, España, 2014.

⁸⁹ El sector servicios incluye al comercio, transporte, turismo y hostelería y otros servicios empresariales, personales y comunitarios tales como servicios audiovisuales, técnicos, informáticos, personales e industriales de limpieza.

comparativamente bajos (con frecuencia por debajo de la media nacional), la inestabilidad laboral, las reducidas oportunidades de desarrollo profesional, el elevado nivel de empleo en régimen de subcontratación o externalización, un alto índice de rotación⁹⁰ y de accidentabilidad⁹¹. Otro tanto puede decirse del sector agrario que concentra el 14 por cien de las autorizaciones de trabajo a extranjeros en España y que en el período antes indicado representó un 51 por cien del total de los accidentes del trabajo, en su gran mayoría provocados por la maquinaria y la intoxicación con plaguicidas y productos agroquímicos. La construcción, sector donde se concentra el 7 por cien de las autorizaciones de trabajo concedidas a los inmigrantes, además de presentar índices de accidentabilidad preocupantes –16.7 por cien en el período 2009-2012– se caracteriza por su gran sensibilidad al ciclo económico y la fragilidad coyuntural de su empleo; de hecho, entre el primer trimestre de 2008 y primero de 2014 se perdieron casi dos terceras partes de los empleos que ocupaban los inmigrantes en este rubro⁹². Cabe advertir que si los trabajos de que se viene hablando, caracterizados por su precariedad y peligrosidad, pasan a ser considerados “de inmigrantes” tienden a seguir siéndolo indefinidamente lo que no sólo refuerza la estigmatización, discriminación y exclusión social de personas cuyo color, aspecto físico, indumentaria,

⁹⁰ El alto índice de rotación es consecuencia de la prevalencia del trabajo ocasional, temporal, estacional, a tiempo parcial y de los contratos en función de la demanda. A esto se agrega que en particular la hostelería y el turismo tienen horarios de trabajo antisociales e irregulares –turnos discontinuos o nocturnos, de fin de semana o durante las vacaciones– que aumentan la presión sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, especialmente sobre las mujeres que asumen la mayor parte de las tareas de cuidado de niños y ancianos, así como las labores domésticas. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Cambios y desafíos en el sector de la hostelería y el turismo*, Ginebra, 2010, pp. 14-15.

⁹¹ En el período 2009-2012 este índice fue de un 55 por cien del total de los producidos en España. En <http://www.ine.es/inebmenu/indice.htm#33>

⁹² INE, Encuesta de Población Activa. Entre el primer trimestre de 2008 y primero de 2014 disminuyeron en un 40 por cien las autorizaciones de trabajo concedidas a los extranjeros en España. En www.empleo.gob.es/series/

acento o religión son distintos de los mayoritarios en el país de acogida, sino que impide que el traslado territorial sea una experiencia enriquecedora y positiva para todos los actores involucrados⁹³.

El fenómeno de la discriminación racial se ve agravado por la irregularidad de la inmigración que margina a los inmigrantes a la economía informal y al trabajo no declarado que, atendidas las características en que se desarrolla (insalubridad, largas jornadas de trabajo, ausencia de protección en materia de Seguridad Social, entre otros) impide a aquellos mejorar sus condiciones de vida. Evidentemente esta situación provoca frustración y resentimiento en el colectivo inmigrante y se transforma en un foco de conflicto social a corto o mediano plazo; de ahí entonces la necesidad urgente de abordar esta problemática de manera integral complementando la normativa con políticas públicas y medidas de acción positiva que posibiliten el buen funcionamiento del mercado laboral, el crecimiento económico, la continuidad de los sistemas de protección social y la efectiva integración del colectivo inmigrante (COM (2000) 757, 2000: pp. 15 a 23).

1.6.2 El sexo como factor de discriminación prohibida

A fines de los setenta parte de la doctrina (ORTNER, Sherry, 1979: p.1) reflexionaba sobre la universalidad de la subordinación femenina denunciando que el hecho que ocurriera dentro de todos los tipos de organización social y económica y con independencia del grado de complejidad de la sociedad indicaba que aquella obedecía a algo muy profundo e inflexible que no era posible extirpar mediante la simple reestructuración de unas cuantas tareas y funciones dentro del sistema social, ni siquiera

⁹³ En <http://www.un.org/spanish/CMCR/migration.htm>

reordenando toda la estructura económica; idea de sumisión de la mujer al varón fundada en la supuesta debilidad física y moral de la primera que, por cierto, ha permeado buena parte de las estructuras sociales. Al buscar el origen de esta concepción se advierte que durante mucho tiempo las diferentes características genéticas de hombres y mujeres tales como la destreza física, la mayor o menor masa corporal y diferencias puramente fisiológicas como la menstruación y el embarazo fueron considerados determinantes del rendimiento intelectual y el estado emocional, sirviendo de base a la biología para explicar el fenómeno de la subordinación femenina en los distintos ámbitos sociales. Quedó demostrado, sin embargo, que las características físicas y genéticas (funcionales y morfológicas) no significan diferencia alguna ni en inteligencia ni en capacidad matemática o verbal entre los sexos, aunque sí tienen decidida incidencia en la conformación psicológica de los individuos⁹⁴; ello originó una reacción cultural, refrendada por el derecho, que permitió el cambio paulatino de la posición de la mujer en los distintos espacios sociales y, por ejemplo, adquiere derecho a voto en las elecciones populares en tanto que el hecho de contraer matrimonio no le impide administrar su patrimonio y contratar laboralmente sin necesidad de contar con la autorización de su marido⁹⁵. No obstante, las mujeres siguen

⁹⁴ La morfología masculina de un cuerpo fuerte y penetrativo tiende a hacer al hombre mucho más experto en todo lo relacionado con el mundo externo, con la apariencia, con lo que se ve y toca. La mujer, en cambio, con un cuerpo más receptivo y con la imposibilidad de medir la potencia de su cuerpo sino hasta que pueda dar a luz un hijo, comprobando la fertilidad en su interior, va a estar siempre más preocupada del mundo interno, de los afectos y de la calidad de las relaciones personales. CAPPONI, Ricardo, "El hombre y la mujer", en ERRÁZURIZ, Margarita María, (edit.), *Saber de ellas. Entre lo público y lo privado*, Aguilar Chilena de Ediciones S.A., Chile, 2006, pp. 35 a 39.

⁹⁵ Hasta 1944 el artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo española exigió la autorización marital para que la mujer pudiera contratar laboralmente. La excepción se produjo en la II República que, por un Decreto de 9 de diciembre de 1931 y en lógica consonancia con su proclamación de la igualdad política y social de sexos, procedió a declarar la nulidad de las cláusulas de las Bases y Reglamentos de trabajo y contratos laborales que venían imponiendo la prohibición de contraer matrimonio a las obreras y empleadas, así como de las que consideraban al matrimonio como determinante de la extinción del contrato de trabajo.

destinadas preferentemente al ámbito doméstico –cuidado y atención del hogar y la familia– caracterizado por el escaso reconocimiento y valoración social y cuando intentan incorporarse al extradoméstico, propio de los varones, suelen enfrentar especiales dificultades. De acuerdo a los datos proporcionados por los organismos competentes en la materia, las mujeres registran menores tasas de actividad y de empleo que los varones⁹⁶ al tiempo que es mayor el impacto del paro⁹⁷ en el colectivo femenino

La legislación civil chilena es otro ejemplo del cambio paulatino en la posición de la mujer. En efecto, el Código Civil instituye la potestad marital y, de conformidad con la misma, hasta 1989 el marido era representante legal de la mujer que vivía bajo su potestad (artículo 43); aquél “[...] debía protección a la mujer, y ésta obediencia al marido” (artículo 131); sin autorización escrita del marido la mujer no podía parecer en juicio, por sí o por procurador, sea demandando o defendiéndose (artículo 136) y tampoco podía, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistirse de un contrato anterior (artículo 137). Estas normas fueron modificadas en el año 1989 por la Ley 18.802 y, a la fecha, la mujer casada es plenamente capaz, de forma tal que en la actualidad los cónyuges se deben respeto y protección recíprocos, están obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales y los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal (administrada por el marido) sólo la obligan en los bienes que administre en forma separada del marido.

⁹⁶ En España, entre el primer trimestre de 2011 y primer trimestre de 2014 las tasas de actividad de las mujeres fueron inferiores a las de los hombres en 13.13 puntos porcentuales, en tanto que la diferencia entre las de empleo de la población activa de uno y otro sexo de 16 y más años alcanzó, en 2008, los 18.6 puntos porcentuales. Si bien este margen llegó al 10,6 puntos en 2012 (es decir, en el período 2008-2012 disminuyó en 8 puntos porcentuales), en este descenso influyó de manera notable la menor tasa de empleo de los hombres como consecuencia de la crisis vivida en el referido periodo. FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS.

⁹⁷ De acuerdo a la metodología de la Organización Internacional del Trabajo y a las definiciones de la oficina estadística de la Unión Europea (Eurostat) se consideran parados a todas las personas de 16 o más años que reúnan simultáneamente las siguientes condiciones:

- Sin trabajo, es decir, que no hayan tenido un empleo por cuenta ajena ni por cuenta propia durante la semana de referencia.

- En busca de trabajo, es decir, que hayan tomado medidas concretas para buscar un trabajo por cuenta ajena o hayan hecho gestiones para establecerse por su cuenta durante el mes precedente.

(en el período 2008-2011 47,8 por cien de los hombres versus el 50.1 por cien de las mujeres); cuando se analiza la calidad del empleo al que acceden las mujeres se advierte que un alto porcentaje de las ocupadas (88.4 por cien) se desempeña en el sector servicios caracterizado por las bajas oportunidades de capacitación y promoción, precariedad y menores niveles de retribución de sus empleos. Todavía más, las mujeres enfrentan mayores dificultades que los hombres para acceder a puestos directivos –el llamado “techo de cristal”– y a mejores remuneraciones al punto que las brechas salariales son mayores para mujeres más educadas y susceptibles de alcanzar dichos puestos. Esta realidad obliga a indagar cuáles son sus causas y las vías de solución a la misma habida consideración de que el mercado de trabajo es uno de los espacios que permite el desenvolvimiento y realización material y espiritual de los individuos y, consecuentemente, el logro de la paz social.

Sin tener una gran opinión de los hombres ni del matrimonio, casarse había sido siempre su objetivo; era la única colocación honrosa para una joven bien educada pero de escasa fortuna y aun siendo un medio incierto de lograr la felicidad, era sin duda la más grata protección contra la pobreza
(Jane Austen, *Orgullo y Prejuicio*)

La necesidad de pensar la diferencia de los sexos llevó a configurar la noción de género, usada para separar intencionadamente el sexo de un hecho social relacionado con el comportamiento y los rasgos de la personalidad. En efecto, el género es entendido como el conjunto de relaciones sociales que apoyado en las características biológicas

- Disponibles para trabajar, en condiciones de comenzar a hacerlo en un plazo de dos semanas a partir del domingo de la semana de referencia.

También se consideran parados las personas de 16 o más años que durante la semana de referencia han estado sin trabajo, disponibles para trabajar y que no buscan empleo porque ya han encontrado uno al que se incorporarán dentro de los tres meses posteriores a la semana de referencia.

reproduce y regula las diferencias entre hombres y mujeres⁹⁸; es decir, refiere a los papeles sociales construidos para la mujer y el hombre asentados en base a su sexo y dependientes de un particular contexto socioeconómico, político y cultural (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995). Incluso más, en el entendido que la sociedad no solo configura la personalidad y el comportamiento sino que también la apariencia física de las personas, el término de que se viene hablando se emplea cada vez más para hacer referencia a toda construcción social relacionada con la distinción masculino-femenino y a las que separan el cuerpo “masculino” del cuerpo “femenino”. Conforme a esta concepción si el propio cuerpo siempre se percibe a través de la interpretación social, el sexo no será distinto al género sino algo que puede incluirse en él: “Se deduce pues que el género es la organización social de la diferencia sexual, lo cual no significa que el género refleje o produzca diferencias físicas fijas y naturales entre el hombre y la mujer; el género es una idea que confiere significado a las diferencias corporales [...] Sólo vemos las diferencias sexuales como función de nuestra forma de comprender el cuerpo, pero esa comprensión ni es “pura” ni puede aislarse de sus implicaciones en una gama mucho más amplia de contextos discursivos” (SCOTT, Joan, 1988: p. 2).

⁹⁸ Muchas de las feministas de fines de los sesenta y principios de los setenta asumían la premisa de una diferencia biológica real entre los hombres y las mujeres que todas las sociedades interpretaban de una manera semejante para generar la distinción femenino/masculino; pero –y esto es lo novedoso de su postura– gran parte de las diferencias asociadas a los individuos de uno y otro sexo ni eran biológicas ni procedían directamente de esa condición. El planteamiento de que lo fisiológico –el sexo– es un hecho dado que proporciona el espacio en el que se localizan las influencias sociales concretas y en el que se construye el género posibilitó al movimiento feminista no sólo abordar las diferencias y las semejanzas entre las mujeres (la sociedad respectiva atribuye al sexo específico sus normas de comportamiento y personalidad, las que pueden ser iguales o diferentes) sino que también augurar cambios. Esto porque dado que los hechos de la biología no “determinan” estrictamente hablando los rasgos comunes del comportamiento y la personalidad (éstos se construyen como resultado de una reacción a aquellos), es posible pensar que en un futuro una determinada sociedad podrá responder a tales demandas de un modo completamente distinto al tradicional.

En sentido amplio *género* es lo que significa ser hombre o mujer y cómo este hecho define las oportunidades, los papeles, las responsabilidades y las relaciones de una persona. Se trata, por consiguiente, de una construcción de significados donde se convocan todos los aspectos ya sean sociales, psicológicos y culturales de femineidad/masculinidad y conforme a la cual se realiza una clasificación social de los individuos en las categorías masculino y femenino. A cada una de éstas se asignan determinados roles –madre/padre, esposa/esposo, trabajadora/trabajador, etcétera– vinculados a las ideas preconcebidas, simples y fuertemente arraigadas que determinan las conductas y actitudes que deben observar las personas en función del grupo de pertenencia en la sociedad. A su vez dichos comportamientos se identifican con estereotipos de género simplificados, polarizados y sostenedores de ideas rígidas y llenos de prejuicios –por ejemplo, los hombres son rudos, activos y más creativos, en tanto que las mujeres son débiles, pasivas y más rutinarias– que perviven en el imaginario social creando expectativas y valoraciones. Ahora bien, como reconoce LO 1/2004, de 28 de diciembre (en el mismo sentido STC 17/2003, de 30 de enero) los estereotipos de género han asignado a mujeres y hombres a las esferas doméstica y extradoméstica respectivamente generándose relaciones de poder históricamente desiguales y una estricta división de roles conforme a los cuales la mujer debe ser siempre madre y poseer, por tanto, las cualidades de abnegación, altruismo, generosidad e incondicionalidad; destinada a la crianza de los hijos y a desarrollar su oficio en el mundo privado, será experta en labores domésticas y tendrá escasa participación en el mundo público. El hombre, en cambio, concebido como proveedor, protector y experto en el mundo público puede y debe ser luchador, combativo, muchas veces egoísta, narcisista y agresivo; tiene derecho a manejar el poder, a controlar y dominar para, de esa manera, mantener el orden (CAPPONI Ricardo, 2006: pp. 46 y 47).

Esta atribución de roles se reproduce en el ámbito laboral en el que existe una división sexual del trabajo que impone reglas de reparto de actividades y posiciones conforme a

las cuales las tareas son catalogadas de masculinas o femeninas con independencia del sexo de quien las realice. Las primeras, desarrolladas en el espacio público o extradoméstico y que otorgan reconocimiento social y económico, son confiadas a los hombres, naturalmente dotados para ejercer la autoridad y más capacitados que las mujeres para desarrollar adecuadamente estas funciones⁹⁹; las segundas, en tanto, al ser propias del ámbito doméstico no remunerado, cuentan con escasa valoración social y, por consiguiente, quienes las desempeñan reciben un trato peyorativo configurándose la discriminación por género limitativa de los derechos y legítimas expectativas del colectivo femenino en los diversos ámbitos. Estos estereotipos de género son los responsables de la “doble jornada” de las trabajadoras que, tras el término de su jornada laboral, deben dedicarse al cuidado y atención de la familia quedando impedidas de participar en los programas de capacitación ofrecidos por las empresas a sus trabajadores –normalmente fuera del horario de trabajo– lo que, en el hecho, dificulta su ascenso en la empresa y posibilita la configuración de otro caso de discriminación indirecta por razón de sexo. Es importante recordar, a este respecto, que el Tribunal de Justicia europeo señalaba en la sentencia Marschall, C-409/95, de 11 de noviembre de 1997 que en el mantenimiento de la situación descrita influye poderosamente el hecho del embarazo y la maternidad pues suele persuadir a los empresarios de contratar mujeres –únicas afectadas por aquél– por el temor de que las mismas interrumpen más frecuentemente su carrera en atención a la maternidad, que organicen su jornada laboral de forma menos flexible en razón de las tareas familiares o del hogar o, en fin, que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia. Sin embargo, de conformidad con las ideas expuestas y como ha precisado parte de la

⁹⁹ Las cifras proporcionadas por INE indican que en el período 2009-2013 sólo el 32, 58 por cien de las trabajadoras se desempeñó como encargada o jefa de taller u oficina, capataz o equivalente, porcentaje que descendió al 19 por cien tratándose del cargo de director de grandes empresas. Sólo el 35 por cien de las mujeres trabajaban como independientes, esto es, sin jefes ni subordinados.

Según el Mapa de Género y Elite de PNUD, entre los años 2009 y 2011 las mujeres ocuparon una pequeña minoría en altos puestos de poder en los ámbitos político (17.6 por cien), cultural y social (17 por cien) y económico (4 por cien).

doctrina (NEVADO FERNÁNDEZ, María José, 2005: pp. 168-169) la maternidad y la asunción prioritaria de las mujeres de las responsabilidades de cuidado de menores y mayores no son circunstancias de carácter biológico sino que culturales que responden al más tradicional de los roles de ser la madre la “perfecta cuidadora”. De ahí entonces que el objetivo sea modificar estos patrones socio-culturales imperantes fuertemente arraigados en la sociedad, tarea en la cual las acciones positivas dirigidas precisamente al logro de la igualdad de trato entre los sexos tienen un papel importante¹⁰⁰; es la

¹⁰⁰ En esta materia la contratación colectiva puede hacer importantes aportes. A modo de ilustración, el convenio colectivo Arcelormittal Sagunto SL, Valencia (B.O. de Valencia núm. 177, de 28 de julio de 2010) incluye un Plan de Igualdad que en su punto 2.1 establece lo siguiente: “Con el objetivo de asegurar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en la Organización, el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres se garantizará en todo momento en el acceso al empleo y en la promoción profesional. Para el adecuado cumplimiento a estos principios la Dirección de la Empresa se compromete a mantener en todo momento en sus procesos de selección, contratación, promoción y desarrollo profesional, procedimientos y políticas de carácter objetivo basadas en principios de mérito y capacidad y de adecuación persona-puesto, valorando las candidaturas en base a la idoneidad, asegurando en todo momento que los puestos de trabajo en los diferentes ámbitos de responsabilidad son ocupados por las personas más adecuadas en un marco de igualdad de trato con ausencia de toda discriminación basada en el sexo.

[...]

En las ofertas y entrevistas se atenderá únicamente a la cualificación requerida para el puesto en cuestión, sin considerar aspectos de contenido sexista.

Para reforzar estos compromisos, las ofertas de empleo se basarán en información ajustada a las características objetivas del puesto y exigencias y condiciones del mismo, se utilizarán canales que posibiliten que la información llegue por igual a hombres y mujeres, y no se utilizará lenguaje sexista. En este sentido y siempre que se cumplan los requisitos establecidos, en los procesos de selección existirá una paridad en el proceso tanto de hombres como de mujeres.

Se estudiará el diseño de políticas que ayuden y apoyen el acceso y promoción de mujeres en aquellas áreas, niveles o funciones en que estén menos representadas.

[...]

Se establecerán medidas de acción positiva en las bases de la promoción interna, así como en las pruebas selectivas de acceso externo: en igualdad de resultados obtenidos en las pruebas el ascenso a

denominada transversalidad de las políticas o *mainstreaming* de género –consideración global de la política de género– contemplada en el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01) que garantiza la igualdad entre hombres y mujeres en todas las esferas, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución y que no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado (acciones positivas). La transversalidad de las políticas, aceptada como principio y método en la Conferencia de Pekín y asumida por el Tratado de Ámsterdam dentro del Tratado Constitutivo (artículo 2º), fue integrada en el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales español y en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo que contempla acciones dirigidas a eliminar y rechazar los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres¹⁰¹.

1.6.2.1 Igualdad de trato y discriminación por sexo y género en el mercado de trabajo español

La noción de género antes analizada no es suficiente para explicar las especiales dificultades que deben enfrentar las mujeres en el acceso y permanencia en los diversos espacios sociales y al momento de conciliar sus obligaciones familiares y profesionales. Surge entonces la denominada discriminación sexual en que el sexo representa el fundamento principal de la minusvaloración o del perjuicio en algún ámbito social. Del latín *sexus* el sexo es una condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas, un factor inmanente o heredado con el que persona nace y referido a los

puestos, funciones etc., tendrán preferencia las personas del sexo menos representado en el puesto o funciones a cubrir”.

¹⁰¹ Entre las disposiciones que incluyen la perspectiva de género se incluye aquella que preceptúa que los medios de comunicación social de titularidad pública “[...] velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres”. Vid. artículo 36 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

rasgos fisiológicos y biológicos de ser macho o hembra¹⁰²; se configura una discriminación sexual tanto cuando los tratamientos peyorativos se fundan en la pura y simple constatación del sexo de la víctima –por ejemplo, si la normativa prohíbe explícitamente a las mujeres votar en elecciones populares– o en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el de la persona una conexión directa e inequívoca incidiendo exclusivamente sobre los miembros de un sexo determinado. Es el caso del embarazo, hecho biológico que afecta de forma exclusiva a las mujeres pues deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre que nunca puede encontrarse en tal situación; de ahí entonces que como resolviera el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los casos Dekker (C-177/88, de 8 de noviembre de 1990) y Hertz (C-179/88, de 8 de noviembre de 1990) cualquier perjuicio o minusvaloración fundado en aquél –como la decisión de no contratar a una mujer embarazada por los mayores gastos en que incurriría con motivo de la baja por maternidad o el despido de una trabajadora a consecuencia de las ausencias causadas por enfermedad imputable a embarazo o parto, entre otros– será considerado discriminación sexual, sin que tenga valor legitimador la concurrencia de otros motivos que hubieren podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio¹⁰³.

A nivel comunitario se ha destacado la especial relevancia que adquiere la efectiva igualdad de trato entre mujeres y hombres en la consecución de la paz social. Como precisara la Directiva 76/207/CEE, de febrero de 1976, dicha igualdad 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 y en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo,

¹⁰² En la lengua inglesa el término ‘sexo’ denota lo biológico y lo físico mientras que en la francesa lo referido a la vida sexual y al carácter sexuado de la humanidad.

¹⁰³ En el mismo sentido ha resuelto el Tribunal Constitucional español en las sentencias 173/1994, de 7 de junio; 240/1999, de 20 de diciembre; 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2007, de 12 de febrero.

cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional; igualdad de trato que también obliga a garantizar a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo en lo relativo a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido. De ahí entonces que una cosa sea considerar el sexo de las personas como circunstancia fáctica relevante en la aplicación de las normas y otra, bien distinta, transformar la condición de hombre o mujer en una categoría jurídica en razón de la cual se otorgue o niegue un derecho laboral y que el régimen jurídico de una relación laboral sea determinado exclusivamente en atención al sexo de los trabajadores. Por lo tanto y como ya dictaminara TC en sus sentencias 58/1994, de 28 de febrero, 147/1995, de 16 de octubre y 198/1996, de 03 de diciembre, la prohibición de discriminación por razón de sexo obliga a adoptar un criterio neutro predicable por igual del hombre y la mujer y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo pues, en el terreno de la aptitud profesional, lo decisivo es la naturaleza y características del trabajo efectivamente prestado y la consiguiente exigencia de aquellas cualificaciones estrictamente necesarias para desarrollar con eficacia la prestación convenida¹⁰⁴. Sin embargo, el laboral es uno de los ámbitos sociales en que la discriminación por razón de sexo se manifiesta con fuerza.

¹⁰⁴ En este sentido, el Convenio Colectivo Nacional del Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas, Normativa Estatal 2009-2012, dispone en su artículo 11 que “Todo el personal de la empresa, tendrá en igualdad de condiciones, derecho de preferencia para cubrir las vacantes existentes en cualquiera de los grupos y secciones que integran la misma en igualdad de condiciones como mérito preferente”, en tanto que su artículo 12 establece que “Las empresas afectadas por este Convenio respetarán el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, edad, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, ideas políticas, afiliación o no a un sindicato, etc. Se pondrá especial atención en cuanto al cumplimiento de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo, y la igualdad salarial en trabajos de igual valor”. B.O.E. núm. 162 de 05 de julio de 2010.

1.6.2.1.1 La desigualdad retributiva

Históricamente la delimitación y regulación del salario, objeto de la obligación retributiva, ha requerido de la intervención del Estado habida cuenta de la desigualdad material entre las partes empleadora y trabajadora; salario que comprende el normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas directa o indirectamente en dinero o en especie por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo (artículo 141.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). La jurisprudencia comunitaria (por todas, sentencias Garland, C-12/81, de 9 de febrero de 1982; Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, de 09 de febrero de 1999, Barber, C- 262/88, de 17 de mayo de 1990 y Brunnhofer, C-381/99, de 2 de junio de 2001) ha dictaminado que quedan incluidas en la noción de salario los complementos salariales pagados periódicamente por el empresario a sus trabajadores, las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas aunque sea indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y todas las formas de pensiones de empresas y las indemnizaciones que el empresario haya cancelado al trabajador con ocasión de su despido. Además el Tratado Constitutivo y las Directivas 75/117/CE y 2006/54/CE consagran el principio de igualdad de retribución que, como aspecto importante de la igualdad de trato entre hombres y mujeres y parte esencial e indispensable del acervo comunitario, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo; principio que debe aplicarse a cada uno de los elementos de la retribución que perciben respectivamente los trabajadores y las trabajadoras, con excepción de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los interesados (por todas, las antes citadas sentencias Barber y Brunnhofer). Ahora bien, para determinar si los trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede

atribuir un mismo valor ha de comprobarse, habida cuenta de un conjunto de factores tales como la naturaleza del trabajo y las condiciones de formación y laborales, si aquellos se encuentran en una situación comparable¹⁰⁵. Por cierto, la igualdad de retribución se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan directamente diferenciaciones en atención al sexo, así como también a la aplicación de normas que mantengan distinciones de trato entre trabajadores masculinos y femeninos en virtud de criterios que, aunque no estén fundados en el citado factor, no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por tal motivo. De ahí entonces que la utilización de criterios subjetivos tales como la flexibilidad y la formación profesional en la concesión individual de aumentos salariales deba ser justificada por el empresario cuando, en el hecho, produzcan diferencias retributivas entre trabajadores de uno y otro sexo situados en la misma categoría salarial y con el mismo salario base (sentencias Danfoss, 109/88, de 17 de octubre de 1989 y Hennigs, C-297/10, de 08 de septiembre de 2010)¹⁰⁶.

En armonía con la normativa comunitaria referida, el ordenamiento jurídico español consagra la igualdad retributiva al disponer que todos los españoles tienen derecho “[...] a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo” (artículo 35.1

¹⁰⁵ La pertenencia a la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable no es suficiente, por sí sola, para concluir que los trabajadores involucrados realizan un mismo trabajo o un trabajo de valor igual. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Brunnhofer, C-381/99, de 2 de junio de 2001, apartado 44.

¹⁰⁶ En el asunto Danfoss, C-109/88, el Tribunal de Justicia dictaminó que los criterios subjetivos de flexibilidad y formación profesional se entienden justificados en la medida que revisten importancia para la ejecución de las tareas específicas confiadas al trabajador. En cambio, el criterio de la antigüedad no requiere justificación especial dado que ella es paralela a la experiencia que, por regla general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas. De hecho y como fallara el mismo Tribunal en los asuntos Cadman, C- 17/05, de 03 de octubre de 2006 y Hütter, C- 88/08, de 18 de junio de 2009, recompensar la antigüedad constituye una finalidad legítima de política salarial.

CE); en el mismo sentido LET establece la obligación del empresario de “pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extra salarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella” (artículos 4.2.c) y 28), en tanto que el sistema de clasificación profesional utilizado por una empresa para determinar las retribuciones de sus trabajadores debe ajustarse a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres (artículo 22.3). Hay que advertir que aun cuando en el ámbito de las relaciones laborales la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa y con respeto de los mínimos legales o convencionales, puede libremente disponer la retribución del trabajador, estos no son ilimitados. En efecto, el artículo 17.1 LET dispone que se “[...] entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo [...]”. En consecuencia, interpretando armónicamente los preceptos citados y habida consideración de que el artículo 14 CE no impone una igualdad de trato en sentido absoluto, es lícito establecer diferencias en las tasas de retribución de los trabajadores, pero sólo en la medida que sean independientes del sexo de los mismos y, en todo caso, siempre que no tengan carácter discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores (por todas, STC 5/2007, de 15 de enero, FJ 2).

Sin embargo, en materia retributiva se constata la discrepancia entre las disposiciones normativas y la realidad: de acuerdo a los datos proporcionados por INE en el período 2008-2012 la ganancia media anual de los varones fue superior a la de las mujeres en

5.716 euros, en tanto que en el mismo ciclo la proporción de mujeres en el total de los asalariados con ganancias bajas –asalariados cuya ganancia por hora está por debajo de los dos tercios de la ganancia mediana– fue de un 64.6 por cien¹⁰⁷. Esta situación se vincula con la segregación por sectores de ocupación y el acceso preferente de las mujeres a aquellos caracterizados precisamente por la precariedad de las condiciones laborales y los bajos salarios (servicios y atención y cuidado del hogar y la familia); se advierte la especial incidencia de los estereotipos de género y la configuración de un supuesto de discriminación salarial por tal razón (SALDAÑA, 2004). Los mismos datos estadísticos informan sobre la peor posición que ocupan las trabajadoras inmigrantes pues en casi todas las comunidades autónomas su salario medio no sólo es inferior al de la población autóctona (ambos sexos) sino que entre un 20 y hasta un 30 por cien inferior al de los hombres inmigrantes, lo que revela la posición de especial vulnerabilidad y desventaja de dicho colectivo respecto de aquella y de los varones inmigrantes; de este modo se concreta un supuesto de doble discriminación por sexo y raza ya reconocido en la Exposición de Motivos de LO 3/2007, de 23 de marzo. La constatación de esta realidad deja en evidencia la necesidad de introducir modificaciones dirigidas a erradicar este fenómeno, entre las que se cuentan la incorporación de criterios neutros de valoración del trabajo (TJCE, asuntos Danfoss, C-109/88, Cadman, C-17/05 y Hütter, C-88/08) siendo necesario recordar a este respecto que el artículo 28 LET sólo dispone que “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los

¹⁰⁷ En Chile la brecha salarial entre mujeres y hombres es mayor según aumenta el nivel de cualificación. En efecto, al comparar los ingresos medios de los asalariados por hora trabajada, las mujeres con posgrados ganan \$7 mil por hora y los hombres \$10 mil en el mismo período de tiempo, lo que da una menor brecha de 31%. FUENTE: Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos (NESI) del Instituto Nacional de Estadísticas.

elementos o condiciones de aquella”¹⁰⁸. Por consiguiente y dado que en la legislación no hay referencia alguna a dichos criterios, es tarea de la contratación colectiva la incorporación de los mismos. Cabe agregar que conforme lo dispuesto por el artículo 22.1 LET aquella o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores debiera incorporar la perspectiva de género en todos los procesos de reclasificación que se abran teniendo presente no sólo la prohibición de discriminación por los factores sexo y raza sino que, además, la necesidad de incluir medidas de acción positiva dirigidas a posibilitar que si el modelo de empleabilidad está basado en la dedicación plena y disponibilidad en iguales términos, éste no tenga un patrón preferentemente masculino (NEVADO FERNÁNDEZ, María José, 2005: pp. 171-172). Sólo de esta forma se posibilita que las trabajadoras resulten beneficiadas de la acción protectora en el ámbito retributivo y alcancen la independencia económica necesaria para salir del círculo de pobreza en que viven.

1.6.2.1.2 Despido discriminatorio por razón de sexo

El término de la relación de trabajo es otro de los momentos en que la protección contra la discriminación por razón de sexo adquiere especial relevancia. Sobre el particular LET dispone que será nula la decisión extintiva del empresario que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o que se hubiere producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (artículos 53.4 y 55.5). Ahora bien, en el entendido que el embarazo y la maternidad suelen motivar la decisión extintiva, pesa sobre el empresario la exigencia de justificación razonable de dicha decisión y que la misma es ajena a todo móvil discriminatorio; de hecho, la decisión extintiva será nula siempre que no se

¹⁰⁸ El concepto legal de retribución es más limitado que el fijado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias Garland, C-12/81, de 9 de febrero de 1982; Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, de 09 de febrero de 1999, Barber, C- 262/88, de 17 de mayo de 1990 y Brunnhofer, C-381/99, de 2 de junio de 2001.

acredite una causa suficiente para despedir –motivos disciplinarios, objetivos o cualquier otra causa lícita¹⁰⁹–. Ahora bien, se ha debatido en sede judicial si es o no necesario que el empleador esté en conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora para que la medida empresarial de extinción de la relación laboral pueda considerarse discriminatoria por razón de sexo. En una primera etapa la clave para calificar la nulidad del despido fue el desconocimiento del empleador de dicho estado, de modo tal que el artículo 55.5 LET se interpretó en el sentido de que el móvil discriminatorio del despido sólo se presumía *iuris et de iure* si el empresario conocía el hecho del embarazo; como la disposición legal referida no contemplaba una declaración legal de nulidad del despido de toda mujer embarazada por razón de su estado dicho nivel de protección sólo resultaba de aplicación para los casos en que se acreditaba que el empresario conocía la situación de la trabajadora, siendo necesario este presupuesto para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental y poder hablar de discriminación. En este sentido se argumentó que difícilmente podía apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora si no había quedado acreditado el conocimiento, por parte de la empresa, de dicho estado o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo ni existieren otros datos de los que, pese a la falta

¹⁰⁹ Una mujer que se desempeñaba como colaboradora del CENDOJ realizando tareas de análisis de las sentencias de una de las Salas del Tribunal Supremo para su incorporación a la base de datos de jurisprudencia, y que era retribuida directamente por el Consejo General del Poder Judicial, recibe la comunicación telefónica del cese de sus servicios mientras se encuentra en situación de licencia por maternidad tras el nacimiento de su hijo. Al resolver la reclamación de la ex trabajadora y habida consideración de las alegaciones de la parte demandada, el Tribunal Supremo concluye que no se aprecian razones objetivas que justifiquen la decisión de baja (a la semana de dar a luz esta mujer tenía exclusivamente ocho sentencias pendientes y no existía ningún informe previo del CENDOJ que pusiera de manifiesto un bajo rendimiento de la reclamante ni un aviso de darla de baja por esta causa) pudiendo inferirse razonablemente que la decisión de baja tuvo como causa determinante la situación de maternidad, al entenderse que iba a dificultar cumplir adecuadamente la labor de análisis con la rapidez requerida. Cfr. STS, Sala 3º, de lo Contencioso- Administrativo, de 29 de julio de 2014.

de constancia expresa del conocimiento, pudiera deducirse la probabilidad de la lesión (SSTC 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero y 62/2007, de 27 de marzo). Es más, TC precisó que para que operara la inversión de la carga de la prueba u correspondiera al empleador probar la existencia de una causa real, suficiente y seria de extinción del contrato de trabajo que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio no bastaba que la trabajadora estuviere embarazada y demostrara tal dato objetivo sino que era menester que, a partir de tal constatación, se alegaran circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. Por consiguiente, el artículo 55.5 LET constituiría la regla general de nulidad de todo despido discriminatorio, fuere cual fuere la causa, en tanto que sus apartados a) y b)¹¹⁰ vendrían a identificar (especificar y modalizar) dicha regla mediante el establecimiento un régimen de prueba de la discriminación particularmente favorable para la trabajadora (SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero y SSTS 8040/2006, de 19 de julio y 2520/2006, de julio de 2007).

Sin embargo, esta doctrina constitucional se modifica a partir de la sentencia 92/2008, de 21 de julio, en la que TC reflexiona sobre la peculiar incidencia que respecto de la

¹¹⁰ Conforme lo dispuesto por el artículo 55.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores también será nulo el despido de los trabajadores en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

situación laboral de las mujeres tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soportan aquellas a diferencia de los hombres. De hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye posiblemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales; problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones) e, incluso, la propia reiteración de problemas de esta naturaleza que han debido ser resueltos en sede judicial. Fue en atención a estas consideraciones que la Ley 39/1999, de 05 de noviembre, añadió al supuesto de nulidad ya contemplado en el artículo 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales un nuevo supuesto que declara también la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre¹¹¹) ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Ahora bien, tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a “la fecha de inicio del embarazo” (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero –

¹¹¹ D.O. L 348 de 28 de noviembre de 1992, pp. 1- 8.

inmodificado— del mismo y la referida a la necesaria finalidad e innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero del artículo 55 LET y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación¹¹². De esta forma, concluye el máximo tribunal, el legislador configura un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas; reforzamiento que además posee una clara relevancia constitucional porque desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo se dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental eximiéndola de la necesidad de demostrar el conocimiento, por un tercero, de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que por múltiples razones, incluido el deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo, la trabajadora puede desear mantener legítimamente fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa sustituyéndola por la prueba, en

¹¹² La garantía frente al despido discriminatorio por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el artículo 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 CE que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido. STC 92/2008, de 21 de julio, FJ 9, con cita a STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4.

caso de despido, de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, sin duda constituye una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y de su derecho a la seguridad y la salud por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al artículo 40.2 CE. De este modo, el despido de una trabajadora embarazada cuyo estado no fuera conocido por el empresario será nulo no por discriminatorio, que ciertamente al faltar el dato fáctico de su conocimiento por el empleador no lo es, sino por expresa y manifiesta voluntad del legislador que así lo califica (por todas, SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo y STSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, N° 2409/2009, de 23 de junio).

Todavía más: dado que la igualdad entre los sexos no es el punto de partida sino que el de llegada, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 141.4 del Tratado y 9.2 CE y en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, es preciso que el legislador emprenda medidas de acción positiva para favorecer a quienes se encuentran en situaciones objetivas de desventaja —en este caso las mujeres— con la finalidad precisa de conseguir la equiparación pretendida; aquellas consistirán en asegurar a la mujer embarazada, por razón directa de su estado, la permanencia en el empleo ante un posible despido a no ser que el empresario justifique la procedencia de su decisión extintiva. En este sentido cabe agregar que aunque ciertamente el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias y, por lo tanto, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales (STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, N° 689/2010, de 23 de julio). Y es que la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto; en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral dicha tutela condiciona

las potestades organizativas y disciplinarias del empresario con el fin de evitar las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y, asimismo, afianzar todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora (STC 17/2003, de 30 de enero).

1.6.2.1.2.1 Inversión de la carga de la prueba

En el párrafo precedente se aludió a la dificultad que en ocasiones entraña para las víctimas de actos discriminatorios la prueba de los mismos; pues bien, a fin de evitar que aquellas queden en la indefensión se contempla el desplazamiento del *onus probando* recayendo en la parte demandada –en este caso el empleador– la carga de la prueba cuando a primera vista haya habido un caso de discriminación (Directivas 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre y 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006) ; es decir, en los casos de discriminación aparente es el empleador quien debe demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato y que las medidas impugnadas por el trabajador pueden explicarse por razones ajenas a móviles discriminatorios en atención al sexo aun cuando, en el hecho, hayan perjudicado más a las mujeres que a los hombres. Ahora bien, la inversión de la carga de la prueba no opera de forma automática y es preciso que la parte demandante aporte en juicio indicios suficientes que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, tarea en la que juegan un rol importante las estadísticas significativas (por todas, sentencias de 13 de mayo de, Bilka, 170/84; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, 109/88; de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89; de 7 de febrero de 1991, Nimz, C-184/89 y de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92).

En España TC ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, a saber, la prueba indiciaria regulada en LPL (artículos 96 y 179.2) que no consiste en la mera alegación de que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental, sino que se articula sobre la base de que el trabajador aporte

un indicio razonable dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto del acto empresarial que permita deducir la posibilidad de que se ha producido dicha vulneración. A estos efectos aquél debe acreditar, mediante una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta, la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato; hechos que una vez demostrados han de servir para inferir de ellos, a través de un proceso lógico, la realidad de la conducta y del propósito contrario al derecho fundamental que se denuncia. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, esto es, presentada esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se manifiestan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales y, en consecuencia, que la decisión empresarial se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales (por todas, STC 3/2006, de 16 de enero y SSTSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social N° 689/2010, de 23 de julio y de Andalucía N° 1523/2011, de 26 de mayo).

1.6.2.1.3 El acoso sexual y por razón de sexo

Los espacios sociales son escenario de diversas expresiones de violencia física y psíquica que tienen su base en una combinación de causas psicológicas, sociológicas y sociales. Es así como las agresiones en el ámbito privado, la prostitución, la pornografía, la trata de personas y el acoso sexual, todas manifestaciones de este fenómeno, importan una violación flagrante de los derechos fundamentales de la dignidad, igualdad, vida e integridad física y moral, libertad y seguridad (artículos 10, 14, 15 y 17 CE) y afectan de modo preferente al colectivo femenino. La explicación del fenómeno de la violencia contra la mujer se encuentra en la frecuentemente débil posición económica de la misma y su dependencia concomitante que conduce a un desigual reparto del poder entre ambos sexos en los diversos ámbitos sociales (PARLAMENTO EUROPEO, 1986; Considerando D); de hecho, en la IV Conferencia de Beijing la violencia contra la

mujer fue definida como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos evidenciada en los tres ámbitos básicos de relación de la persona, a saber, maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral (ONU, 1995). Trece años más tarde el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, inauguró su campaña UNiDOS – período 2008-2015– para poner fin a la violencia contra las mujeres cuyo objetivo general fue crear conciencia pública y aumentar la voluntad política y los recursos para prevenir y responder a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en todo el mundo.

La relación de trabajo no es ajena a este flagelo pese a que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 4.2.d) y e) LET, los trabajadores tienen derecho a la integridad física y al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad, “[...] comprendida la protección “[...] frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”; norma que hay que vincular con lo dispuesto en LO 3/2007, de 22 de marzo, que en su artículo 7.1 concibe el acoso sexual como “[...] cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”, en tanto que entiende por acoso por razón de sexo cualquier “[...] comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (artículo 7.2). Al ser las mujeres víctimas preferentes de este fenómeno, él constituye un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo aun cuando, eso sí, la antes citada LO 3/2007, preceptúa que constituirá discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (artículo 8). Atendidas las nefastas consecuencias que puede producir en la integridad física y psíquica de la trabajadora, LET consagra a favor de la que ha sido víctima de violencia de género una serie de derechos entre los que se incluyen la reducción de la jornada de trabajo con

disminución proporcional del salario o la reordenación del tiempo de trabajo, y la suspensión y extinción del contrato de trabajo cuando se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo transitoria o definitivamente como consecuencia de dicho fenómeno (artículos 37.7, 45.1.n) y 49.1.m)¹¹³. Esta tutela se refuerza con la tipificación de la discriminación sexual (artículo 314 del Código Penal¹¹⁴) y con lo dispuesto por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros y 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹¹⁵ que, junto con incluir las figuras del acoso sexual y por razón de sexo, modifican LET (artículo 54.2.g) en el sentido de considerar a aquellas como incumplimientos contractuales graves que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo.

Ahora bien, es un hecho reconocido por la autoridad –véase la Exposición de Motivos de LO 3/2007 y el Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en Población Extranjera Inmigrante 2009-2012– que el colectivo de las mujeres inmigrantes, al ser víctimas de un supuesto de doble discriminación por sexo y raza, presenta mayor vulnerabilidad en las relaciones sociales. Confirman esta conclusión las

¹¹³ Estos artículos fueron modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, B.O.E. núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, pp. 42166-42197.

¹¹⁴ El artículo 314 del Código Penal español, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, dispone que serán castigados “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

¹¹⁵ B.O.E. núm. 71, de 23 de mayo de 2007, pp. 12611-12645.

estadísticas que revelan que la proporción de mujeres extranjeras en territorio español víctimas de violencia de género, al igual que la de agresores extranjeros, suponen una sobre representación respecto al peso demográfico de mujeres y varones extranjeros en España, de lo que se sigue que el fenómeno en análisis les afecta en mayor grado que a las españolas¹¹⁶. Es del caso recordar que el fenómeno en referencia en medida importante responde a un sesgo cultural toda vez que el recurso a la violencia es legítimo y normal en algunas sociedades de origen de la inmigración, a lo que se suma que en muchas de ellas las referencias a la desigualdad entre hombres y mujeres son más manifiestas¹¹⁷; agrava la situación el hecho de que, ante casos de violencia, en parte de la población femenina inmigrante suelen existir resistencias para ser examinadas por facultativos varones. Es evidente, por lo tanto, la complejidad de la erradicación del fenómeno pues aquella dependerá, de modo inexcusable, de la modificación de dichas pautas culturales; objetivo para el cual son especialmente útiles las medidas de acción positiva preventivas –educativas, sanitarias, comunicacionales, entre otras– dirigidas a la formación, socialización y sensibilización frente a un problema que impide al colectivo

¹¹⁶ Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en Población Extranjera Inmigrante 2009-2012.

¹¹⁷ A partir del año 2012 en España aumenta el número de ciudadanas rumanas empadronadas y de mujeres inmigrantes desde Marruecos, de modo tal que ambas nacionalidades son las que reúnen mayor población femenina empadronada en España. Respecto de las marroquíes es interesante señalar que en 2003 se realizó la reforma de la Mudawana o código de familia de Marruecos que ha abierto perspectivas prometedoras para superar los obstáculos que enfrentaban aquellas pues supuso transformaciones importantes en el estatuto de la mujer básicamente con la afirmación de la igualdad de la pareja, al menos dentro del matrimonio, así como en la dirección y responsabilidad de la familia y en la participación en el desarrollo de Marruecos. El nuevo código, resultado de la interpretación de un Islam abierto a la modernidad, supone un avance que sitúa a Marruecos en la vanguardia del mundo árabe-musulmán con respecto al derecho de la mujer y al reconocimiento de su plena ciudadanía afirmado dentro de un marco legal avanzado, al menos a nivel teórico, pues queda mucho por hacer en la práctica y en la propia aplicación del mismo. En <http://hamidbeyuki.blogspot.com/2011/06/como-definir-la-sociedad-marroqui.html>

femenino inmigrante el ejercicio efectivo de su estatuto de ciudadanía e integración social. Pero también contribuyen al logro de la finalidad indicada las acciones positivas represivas que buscan dar protección frente a situaciones concretas de violencia. Se inscriben en esta línea las contenidas en LO 4/2000, de 11 de enero, según las cuales en los casos de reagrupación familiar las víctimas de violencia de género, una vez obtenida una orden judicial de protección, podrán acceder a una autorización de carácter independiente, así como también las que contemplan la violencia doméstica como supuesto de autorización de residencia por circunstancias excepcionales en el caso de personas en situación irregular (artículos 19.2 y 31 bis). Cabe agregar que en el marco de lo dispuesto por la normativa comunitaria y ordenamiento jurídico español (artículos 9.2 CE y 2bis.d) y f) de LO 4/2000, de 11 de enero) éste puede contemplar, asimismo, programas de inserción laboral y de formación para el empleo de mujeres víctimas de violencia de género o de discriminación por origen racial, así como también disposiciones relativas al fomento de la composición equilibrada del personal en la administración pública o la empresa¹¹⁸ y programas de educación/formación.

¹¹⁸ A modo de ilustración, el artículo 51.2 de la Ley 13/2007, de 26 noviembre, LAN 2007\562 de Andalucía dispone que “[...] La Administración de la Junta de Andalucía incluirá en los planes de formación para el empleo acciones destinadas a mujeres víctimas de violencia de género, que mejoren su empleabilidad. Estas acciones específicas, para las que se establecerán ayudas en las condiciones que reglamentariamente se determinen, vendrán definidas por itinerarios personalizados de inserción”; el artículo 34 de la Ley 7/2004, de 16 julio (LG 2004\249, de Galicia) preceptúa que “[...] 1. La Administración pública gallega fomentará, a través de las medidas contenidas en los siguientes artículos de este capítulo, la composición equilibrada entre los sexos del personal funcionario, eventual, interino, estatutario o laboral a su servicio, tanto a nivel global como a nivel de cada cuerpo, escala, grupo o categoría.

2. La Xunta de Galicia fomentará, en especial, el acceso de las mujeres a los puestos de grado superior, y, a estos efectos, las medidas contenidas en los siguientes artículos de este capítulo se aplicarán también en las pruebas de promoción interna”.

ANEXO CAPÍTULO II

CUADRO 1

Unidad: Miles

Año	Total nacimientos en España	Nacimientos en que al menos uno de los padres es extranjero	Porcentaje del total nacional
2012	454.648	104.538	22.99%
2011	471.990	109.172	23%
2010	486.575	117.238	24.09%
2009	494.997	119.721	24.18%
2008	519.779	125.014	24.05%
2007	492.527	108.051	21.9%
2006	482.957	93.152	19.28%
2005	466.371	82.296	17.6%
2004	454.591	62.633	15.68%
2003	441.881	61.542	13.9%

FUENTE: Instituto Nacional de Estadísticas.

CUADRO 2

Unidad: Miles

AÑO	Total muertes en España
2012	13.050647
2011	13.542826
2010	14.15806
2009	14.159626
2008	15.212304
2007	15.541974
2006	15.222433
2005	16.372091
2004	16.574467
2003	17.409583

FUENTE: Instituto Nacional de Estadísticas.

CUADRO 3

Unidad: Años

AÑO	Esperanza de vida al nacer
2012	82
2011	82
2010	82
2009	81
2008	81
2007	80.9
2006	80.9
2005	80.28
2004	80
2003	79

FUENTE: Instituto Nacional de Estadísticas.

CUADRO N° 4

TASAS DE ACTIVIDAD POR SEXO

Valor en Porcentaje

	TOTAL	HOMBRES	MUJERES
2014 TI	59,46	65,48	53,75
2013TIV	59,86	66,05	53,96
2013 TIII	60,04	66,61	53,78
2013 TII	60,00	66,32	53,96
2013 TI	60,18	66,57	54,07
2012 TIV	60,23	66,72	54,03
2013 TIII	60,55	67,37	54,02
2012 TII	60,50	67,32	53,97
2012 TI	60,31	66,99	53,91
2011 TIV	60,29	67,42	53,44
2011 TIII	60,44	67,77	53,40
2011 TII	60,44	67,55	53,60

2011 TI	60,16	67,50	53,10
---------	-------	-------	-------

FUENTE: INE, Encuestas de Población Activa (EPA)

CUADRO N° 5

TASAS DE PARO POR SEXO Unidad: miles de personas (media anual)

	AMBOS SEXOS	HOMBRES	MUJERES
2012	4720,4	2103,3	2153,9
2011	4257,1	2103,3	2153,9
2010	4060,8	2030,5	2030,3
2009	3644	1832,9	1811,1
2008	2539,9	1146,9	1393

FUENTE: INE, Encuestas de Población Activa (EPA).

CUADRO N° 6

Encargado/jefe de taller o de oficina, capataz o equivalente Unidad. Miles de personas

AÑO	AMBOS SEXOS	HOMBRES	MUJERES
2013	1042,2	667	375,2
2012	1162,6	769,3	393,3
2011	1211,7	822,8	388,8
2010	1272,1	883,1	389
2009	1380,3	959,8	420,4

FUENTE: INE, Encuesta de Población Activa (EPA)

CUADRO N° 7

Director de grandes empresas
Unidad: Miles de personas

AÑO	AMBOS SEXOS	HOMBRES	MUJERES
2013	70,6	55,5	15,1
2012	80,6	65,3	15,3
2011	76,3	57,6	18,6
2010	66,8	56,6	10,2
2009	67,8	66,8	11,1

FUENTE: INE, Encuesta de Población Activa (EPA)

CUADRO N° 8

Ocupados independientes (sin jefe ni subordinados)
Unidad: Miles de personas

AÑO	AMBOS SEXOS	HOMBRES	MUJERES
2013	1922,8	1275	647,7
2012	1852,7	1170,9	681,8
2011	1806,4	1178,3	628,2
2010	1829,4	1167,4	662
009	1892,8	1231,8	661,1

FUENTE: INE, Encuesta de Población Activa (EPA)

CUADRO N° 9
MUJERES OCUPADAS SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD
Unidad: Porcentaje

AÑOS	Sector Agrario		Sector No agrario					
			Industria		Construcción		Servicios	
(media anual)	Ambos sexos	Mujeres	Ambos sexos	Mujeres	Ambos sexos	Mujeres	Ambos sexos	Mujeres
2014 TI	4,8	2,6	13,6	7,2	5,6	1,0	76,1	89,1
2013	4,3	3,35	13,75	7,37	6,0	1,1	75,8	89,2
2012	4,22	2,42	14	7,8	6,6	1,2	75,1	88,5
2011	4,1	2,4	14,1	7,6	7,6	1,2	74,1	88,7
2010	4,2	2,45	14,1	7,8	8,8	1,7	72,8	87,9
2009	4,12	2,42	14,7	8,3	9,9	1,7	71,2	87

FUENTE: INE, Encuesta de Población Activa (EPA).

CUADRO N° 10
Proporción de mujeres en el total de asalariados con ganancias bajas
Unidad: Porcentaje

Año	Porcentaje de mujeres en el total
2012	64,89%
2011	64,10%
2010	66%
2009	64,25%
2008	64%

FUENTE: INE

CAPÍTULO III

1.7 Mujer, familia y sociedad

En las últimas décadas una de las transformaciones más relevantes que ha experimentado el mercado de trabajo español es el incremento de la participación laboral femenina, sobre todo entre las generaciones más jóvenes; es así como la tasa de actividad se acerca cada vez más a la media de la UE lo que revela que, sin perjuicio de su destinación preferente a la atención y cuidado del hogar y la familia, las mujeres se han incorporado de modo masivo al trabajo asalariado, fenómeno determinado tanto por sus cada vez mejores niveles de educación¹¹⁹ como por la necesidad de generar recursos para el mantenimiento propio y del grupo familiar pues, tal como señala la literatura científica en la materia, el empleo de las mujeres es crucial para el bienestar de la familia al precaver contra el riesgo de la pobreza (por ejemplo, si el marido pierde el empleo el salario de la mujer permitirá hacer frente a las necesidades del grupo familiar)¹²⁰. En consecuencia, la participación femenina en el ámbito extradoméstico es un hecho irreversible íntimamente vinculado con las transformaciones experimentadas los últimos siglos por la sociedad y la familia. Sin embargo, dicha participación no está

¹¹⁹ La entrada al mercado de trabajo está en directa relación con el nivel de educación que si bien no presenta diferencias entre mujeres con estudios bajos y medios, sí exhibe un coeficiente significativamente superior respecto de aquellas con estudios universitarios. De hecho, las mujeres están fuertemente representadas en los niveles educativos más altos, con una tendencia al alza: el 51,5 por cien de los activos con educación superior son mujeres y representan el 45 por cien de los que tienen el nivel de Doctorado. SARASA URDIOLA, Sebastián, *Equidad distributiva en el acceso a los recursos de tiempo en España: el caso de las excedencias para atender a la primera infancia y a familiares dependientes*, Universitat Pompeu Fabra, 2007, pp. 15-20 y *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2014, p. 10.

¹²⁰ MCGINNITY, F., “The Labour-force Participation of the Wives of Unemployed Men Comparing Britain and West Germany Using Longitudinal Data”, *European Sociological Review*, 18 (4), 473-488, 2002.

exenta de dificultades determinadas en parte importante por los factores socio-culturales, estereotipos y prejuicios imperantes conforme a los cuales ellas estarán más dispuestas a postergar su ingreso al mercado de trabajo o, una vez en el mismo, a interrumpir más frecuentemente que los hombres su carrera profesional por razones de embarazo, lactancia, atención de hijos y/o familiares mayores, discapacitados o enfermos. Al parecer, son estas mismas razones las que persuaden a muchos empresarios de contratar mujeres de modo tal que la tenencia de hijos, la hipótesis o la posibilidad de tenerlos se ha convertido en la principal dificultad o en el principal enemigo de la carrera profesional (TORTUERO PLAZA, José Luis, 2006, p. 22); esta situación pone a la mujer en la disyuntiva entre la maternidad y la profesionalidad, al tiempo que permite la configuración de una discriminación por género y sexo que la sitúa en posición de desventaja social frente a los varones. Llegados a este punto, corresponde analizar el papel de la mujer en la sociedad y en la familia y la evolución que el mismo ha tenido, para luego abordar críticamente los instrumentos ideados por el Estado español para posibilitar la conciliación de las obligaciones familiares y profesionales

1.7.1 De la evolución de la familia

Familia, voz procedente del latín *familia* "grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens", a su vez derivado de *famulus* "siervo, esclavo", es mucho más que una unidad jurídica, social y económica; es, ante todo, una comunidad de amor y de solidaridad¹²¹. Definida principalmente por lazos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente o de consanguinidad, como la

¹²¹ "Las crisis y dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para el amortiguamiento de los efectos dramáticos de problemas como el paro, las enfermedades, la vivienda, las drogodependencias o la marginalidad". INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Evolución de la familia en Europa*, 2006.

filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre, la familia se ha transformado a lo largo de la historia; aun cuando es difícil establecer una fecha exacta para su aparición, el desarrollo de la misma se inició con la horda que, al parecer, fue la primera forma de vínculo consanguíneo, a la que siguieron las bandas y tribus basadas en vínculos de parentesco. Con el correr del tiempo el asentamiento de los individuos y el desarrollo de las actividades agrícolas obligó a contar con muchos brazos para trabajar la tierra, lo que dio lugar al surgimiento de la familia extensa o extendida basada en los vínculos consanguíneos de una gran cantidad de personas que compartían una misma residencia y en la que el hombre más viejo era la autoridad que tomaba las decisiones importantes y, además, daba su apellido y herencia a sus descendientes. La familia extendida, en la que por lo general la mujer no realizaba labores fuera de la casa que descuidaran la crianza de los hijos, satisfacía todas las necesidades básicas de sus integrantes y cumplía las funciones de trabajo, educación y socialización de los hijos. Sin embargo, a mediados del siglo XVIII el desarrollo de la tecnología industrial por medio de la generalización del uso de la energía hidráulica en talleres y fábricas y luego el vapor que permitió el empleo de maquinaria más grande, pesada y eficiente provocó un cambio social inimaginable al punto que perdieron importancia los vínculos de parentesco, las creencias y las costumbres propias del mundo rural. En efecto, la industrialización produjo fuertes movimientos migratorios del campo a la ciudad donde se concentraban las fábricas¹²²; los ferrocarriles y los barcos a vapor revolucionaron los transportes y, en el siglo XIX, la electricidad cambió drásticamente la vida cotidiana de las personas toda vez que medios de comunicación como la televisión, la radio y el teléfono recortaron gradualmente la importancia de las distancias geográficas. El trabajo también experimentó una transformación radical pues de las labores desarrolladas por cuenta propia en el campo o en las casas se pasó al trabajo por cuenta ajena en las fábricas instaladas en las proximidades de las fuentes de energía, al tiempo que el nivel de

¹²² Mientras en las sociedades agrarias sólo una de cada diez personas vivía en la ciudad, en las sociedades industriales tres de cada cuatro personas habitaba en los centros urbanos.

especialización ocupacional, en gradual aumento con el transcurso del tiempo y hasta nuestros días, alcanzó su máximo nivel en la sociedad industrial en la que el prestigio de una persona pasó a depender de su ocupación o profesión y no, como en las sociedades agrarias, de su pertenencia a un clan o una familia.

En este contexto, la Primera Guerra Mundial constituyó un hito importante en la incorporación masiva del colectivo femenino al mercado laboral pues, con los hombres en el frente de batalla, las mujeres se vieron en la obligación de integrarse al mismo para generar recursos para sí y la familia, aunque sin abandonar las responsabilidades domésticas. El fenómeno de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo provocó uno de los cambios sociales más profundos de la centuria y, por cierto, tuvo repercusiones en la familia: como por lo general ambos padres trabajaban fuera del hogar, la educación de los hijos se traspasó parcial o totalmente al Estado o grupos privados, en tanto que el cuidado de los ancianos fue derivado a hogares dedicados a tal fin toda vez que sus hijos no tenían tiempo ni lugar en su vivienda para atenderlos; es decir, el papel socializador que cumplía la familia se vio seriamente erosionado y dejó de ser el lugar de transmisión de conocimientos, valores y creencias de generación a generación. Con el surgimiento de nuevos modos de relación en la sociedad fue necesario configurar un sistema que contemplara un novedoso modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permitiera un reparto equilibrado de responsabilidades en los ámbitos profesional y privado; tarea que debe abordarse no sólo por medio de reformas legislativas sino que también con la promoción de servicios de atención a las personas en un marco más amplio de políticas públicas (Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹²³).

¹²³ BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1999. En este mismo sentido se pronunció la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995 y en la Declaración que aprobaron los 189 Estados allí reunidos. Del mismo modo, en el ámbito comunitario la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud

El proceso de industrialización también influyó en los cambios en la composición de la familia; efectivamente, la extendida dio paso a una nuclear o conyugal formada por el padre, la madre y los hijos¹²⁴ en la que los lazos familiares están dados por sangre, por afinidad y por adopción. A lo anterior cabe agregar que en la actualidad se aprecia una diversidad cada vez mayor de estructuras familiares y la sociedad española es un buen ejemplo de ello; de acuerdo a los datos suministrados por la Encuesta Continua de Hogares, a julio de 2013 el 24,2 por cien de los existentes en España eran unipersonales, es decir, 4,4 millones de personas vivían solas¹²⁵ en tanto que el 66 por cien del total (alrededor de 12 millones de personas) correspondía a hogares formados exclusivamente por un núcleo familiar constituido, a su vez, por una pareja con o sin hijos (10.3 millones) o por una madre o padre con hijos pero sin ninguna otra persona conviviendo en el hogar (1,7 millones que representan el 9.4 por cien del total de hogares); son los hogares monoparentales que formados a partir de una separación o divorcio, la muerte de un esposo o la decisión de tener un hijo por parte de una mujer soltera, están constituidos por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o

y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, en tanto que la 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

¹²⁴ En la familia nuclear el número de hijos disminuye tanto por la imposibilidad económica de mantenerlos como porque, a diferencia de lo que ocurría en la sociedad agraria, ya no se necesitan para el trabajo. Cabe señalar que de acuerdo a los datos de la Encuesta Continua de Hogares (INE) durante los últimos 40 años el número medio de miembros del hogar ha disminuido considerablemente en España, pasando de casi cuatro personas por hogar en 1970 a 2,53 en julio de 2013. Si se observa la evolución en el número de hogares y en su distribución por tamaños, entre 2002 y 2014 se aprecia que los hogares más pequeños (1 o 2 personas) siguen creciendo a diferencia de los de mayor tamaño que ya empiezan a decrecer: los de 3 y 4 personas comenzaron a descender en 2012, mientras que los más grandes (5 o más personas) mantienen su tendencia decreciente desde hace años.

¹²⁵ Se considera hogar el conjunto de personas que conviven en una misma vivienda.

adoptado y que constituye el sustentador único de la familia (artículo 185.1 LGSS)¹²⁶. Cabe señalar que al año 2013 en España el 82,7 por cien de los hogares monoparentales (un millón cuatrocientos once mil, aproximadamente) estaba formado por una madre que convivía con hijos, cifra que creció en más de 53.000 respecto del censo de 2011¹²⁷. Ahora bien, estudios sociológicos en la materia indican que esta situación obedecería a que la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo ha aumentado su capacidad económica para ser madres solteras y así dar origen a una familia monoparental; sin embargo, los mismos estudios advierten que la paternidad en solitario, especialmente cuando el progenitor es una mujer, incrementa el riesgo de pobreza porque reduce sus posibilidades de trabajar y adquirir más educación provocando que los niños nacidos en una familia monoparental cuenten con menos recursos de todo tipo, tengan peor formación académica y sean más propensos a formar ellos mismos familias monoparentales¹²⁸, riesgo que se incrementa cuando se trata de mujeres provenientes de minorías desfavorecidas –por ejemplo inmigrantes irregulares–.

¹²⁶ En la actualidad también se habla de los hogares o familias homoparentales en las que parejas compuestas por personas del mismo sexo se convierten en progenitores de uno o más niños.

¹²⁷ De acuerdo a los datos proporcionados por la Encuesta Continua de Hogares, en el 43,7 por cien de las familias monoparentales la madre estaba viuda, en el 35,7 por cien separada o divorciada, en el 12,6 por cien soltera y solo en el 8,0 por cien casada. De los 178.000 hogares de madre soltera con hijos, el 56,4% estaba formado por mujeres de 40 o más años.

¹²⁸ Otro de los problemas de crecer en una familia monoparental es que, por lo general, pone a los niños en desventaja por comparación con los que cuentan con el apoyo de los dos progenitores, en el entendido que el padre y la madre realizan contribuciones distintas y significativas al desarrollo social del niño y, por consiguiente, no es realista esperar que un solo progenitor realice el buen trabajo que pueden hacer dos progenitores que colaboran entre sí. En MACIONIS, John J., y PLUMMER, Ken, Sociología, Edit. PEARSON Prentice Hall, España, 2005, pp. 77-78 y 472-473.

1.7.2 De la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales y los instrumentos para el logro de este objetivo

Habida consideración de la transformación de la familia y del rol de la mujer en la misma –el número de las que ostentan la calidad de únicos sostenedores de la familia va en aumento– y de la incorporación del colectivo femenino al ámbito extradoméstico, cobra renovada fuerza la necesidad y conveniencia de adoptar medidas dirigidas a conciliar las responsabilidades laborales y personales y poner fin a la discriminación directa e indirecta de que aquél es víctima en el mercado de trabajo. En efecto, los estudios relativos a las trayectorias profesionales y familiares de hombres y mujeres revelan que son estas últimas, muchas veces con sacrificio de su desempeño laboral, las que se encargan del cuidado y atención de hijos pequeños o personas mayores a cargo. De hecho, al año 2007 se concluía que el proceso de formación familiar y concretamente el nacimiento de un hijo era un momento crítico en la relación de la mujer española con el trabajo toda vez que la tasa de empleo de las que se encontraban en la cohorte 20-49 años y tenían uno o dos hijos entre 0 y 14 años era de 52 y 46,3 por cien, respectivamente; tasas de empleo inferiores, por ejemplo, a las de las mujeres francesas que se situaban en el 74,8 y 65,8 por cien respectivamente. Además, el 66,6 por cien de las mujeres españolas entre 25 y 49 años esgrimía como motivo principal de inactividad el atender responsabilidades familiares, frente al 30,9 por cien de las francesas, el 20,4 por cien de las danesas o al 53 por cien de la medida de la UE-25. Asimismo, el periodo de gestación suponía un riesgo relativo de salida de actividad 9,7 veces mayor que el de las mujeres sin hijos, ya fuera por la posible discriminación por parte de los empleadores (por ejemplo, no renovando un contrato temporal) o porque las situaciones de incompatibilidad entre ambas actividades se manifestarían de manera concreta en ese momento. Es decir, el inicio de la maternidad y los primeros años de la vida de los hijos constituirían un período clave en el que se reflejarían las desigualdades de género como consecuencia de responsabilidades familiares asumidas por las mujeres (SARASA URDIOLA, Sebastián, 2007: pp. 15 y 22). De ahí entonces que el Marco de Acción sobre Igualdad entre Hombres y Mujeres, de 22 de marzo de 2005 aborde como

aspecto prioritario el apoyo a un equilibrio entre la vida y el trabajo y reconozca que para continuar avanzando en materia de conciliación debe lograrse una combinación equilibrada, integrada y coherente de políticas que incluyan normas sobre permisos, disposiciones laborales e infraestructuras asistenciales; por su parte, la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES y que derogó la Directiva 96/34/CE, llama la atención sobre el deber de los Estados de contemplar su política familiar en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa.

Uno de los instrumentos utilizados por los modelos de protección social para conciliar las obligaciones de la vida laboral y familiar aunque, en rigor, no son propiamente un medio para compatibilizar aquellas, son las prestaciones económicas de apoyo a la familia que tienen por objeto compensar la carga financiera que supone la llegada de un nuevo hijo. Sí son un mecanismo para alcanzar la referida conciliación la creación de servicios de atención a la infancia que implican la externalización de la atención y del cuidado de los más pequeños –por ejemplo, las guarderías infantiles¹²⁹– y la provisión

¹²⁹ El Consejo Europeo, reunido en Barcelona en 2002, instó a los Estados miembros a suprimir los elementos que desincentivan la participación de la mano de obra femenina. A tal fin, aquellos debían esforzarse en prestar para 2010 servicios de atención infantil al menos al 90 por cien de los niños en edad comprendida entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria y, al menos, al 33 por cien de los niños menores de tres años.

Cabe anotar que el inciso primero del artículo 203 del Código del Trabajo chileno dispone que “Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen, entre todos, veinte o más trabajadoras. El

del tiempo necesario para que los propios trabajadores atiendan las necesidades familiares; estos son los llamados recursos de tiempo o licencias parentales que, junto con posibilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, pueden fomentar la consecución de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la medida que faciliten la combinación del trabajo remunerado y doméstico y garanticen una mayor paridad entre hombres y mujeres en el uso del tiempo y la atención de las responsabilidades familiares. Precisamente estas potencialidades explican que los países occidentales se muestren interesados en adaptar sus sistemas de permisos parentales con la finalidad de hacerlos más eficaces, poniendo atención en aspectos tan variados como la duración de los permisos y su configuración como derecho individual o familiar, las compensaciones económicas que conllevan, la articulación de los distintos tipos de licencias y la flexibilidad con que pueden ser disfrutadas, las garantías laborales y de retorno al puesto de trabajo tras su disfrute y la protección de situaciones especiales tales como adopción o acogimiento, partos múltiples y prematuros (SARASA URDIOLA, Sebastián, 2007; pp. 23-28). En este sentido, el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental modificó varias disposiciones contenidas en el Acuerdo anterior, particularmente en lo que respecta a la ampliación del período del permiso en referencia de tres a cuatro meses, al refuerzo del mismo como derecho individual (es decir, tanto el padre como la madre tienen derecho a tomar cada uno un permiso parental de cuatro meses) al hacer intransferible una parte del período de aquél para incitar a los hombres a tomarlo¹³⁰, al reconocimiento del papel que desempeña el nivel

mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter”.

¹³⁰ En aquellos países en que el permiso parental es un derecho familiar o un derecho individual que puede transferirse entre las personas él es ejercido principalmente por las mujeres, aun cuando en teoría es concedido a ambos sexos. De ahí entonces que el acuerdo revisado aspire a conceder un derecho individual e intransferible al permiso parental para, de este modo, promover la igualdad entre hombres y mujeres.

de ingresos en la decisión de hacer uso de la licencia parental¹³¹, al derecho de los trabajadores a solicitar condiciones de trabajo flexibles al reincorporarse después de un permiso y a la posibilidad de que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales fijen los plazos de preaviso que deben dar los trabajadores cuando deseen ejercer su derecho al permiso parental. El acuerdo también tuvo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y promovió un reparto equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres respetando, eso sí, la diversidad de las medidas y prácticas adoptadas por los Estados miembros en materia de permisos, cuidado de los niños y trabajo flexible (CES, 2009: pp. 5-25).

1.7.3 De las licencias parentales en la legislación española

1.7.3.1 La licencia por maternidad

Los permisos o licencias parentales son una de las fórmulas ideadas por el legislador español para conciliar la vida laboral y familiar toda vez que, como formas reguladas de ausencia del lugar de trabajo o de interrupción de las prestaciones laborales habituales con el fin de atender al nacimiento y a la crianza de los hijos, llevan aparejados beneficios sociales ya sea en forma de prestaciones económicas u otros derechos de protección social (ESCOBEDO, Anna, 2002). LET consagra la licencia parental de *maternidad* dirigida a proteger la salud de la madre y el bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; la de *paternidad* que tiene por objetivo facultar al padre para que atienda al nacimiento del nuevo hijo o hija y a las responsabilidades familiares en los primeros días tras el parto, y la *parental* que está estrictamente relacionada con el

¹³¹ La experiencia muestra que en aquellos países donde el permiso parental no es retribuido o recibe poca retribución los padres y particularmente los hombres están menos dispuestos a usar uso del mismo. Otros factores decisivos son las diferencias salariales entre hombres y mujeres, la situación de las familias monoparentales y el hecho de que ambos padres sean o no asalariados. CES, Guía de interpretación del Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

cuidado de los hijos. Asimismo es posible encontrar licencias para el cuidado de familiares dependientes, hijos enfermos u otras interrupciones laborales no relacionadas con el cuidado, como la suspensión para el ejercicio de un cargo público o por decisión de una trabajadora que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

En lo que respecta al permiso por maternidad biológica y lactancia de un menor de nueve meses o “período de descanso por maternidad”, la finalidad primordial del mismo es preservar la salud de la madre ante un hecho biológico singular en el entendido que la reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, debiendo compatibilizarse la protección de la condición biológica y salud de la mujer con la conservación de sus derechos profesionales sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato durante el período que sigue al embarazo y parto (STC 152/2011, de 29 de septiembre, FJ 3). Dicho permiso tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo distinguiéndose, a su respecto, un período de descanso obligatorio y otro voluntario. El primero corresponde a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que la madre ha de disfrutar necesariamente para cumplir con la finalidad de garantizar su recuperación¹³²; el segundo, en tanto, está referido a las semanas restantes que, a opción de la interesada, se distribuye entre el embarazo, alumbramiento y post parto y que la madre puede ceder al padre íntegra o parcialmente si lo estima oportuno y siempre que aquél también trabaje. La legislación

¹³² De conformidad con lo prescrito en el apartado 4 del artículo 48 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, si se produce el fallecimiento de la madre y con independencia de que ésta realizara o no un trabajo, el padre podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste de este permiso obligatorio de seis semanas, computado desde la fecha del parto, para el cuidado del hijo.

precisa que a petición de la madre o, en su defecto, del padre, el período de suspensión podrá computarse a partir de la fecha del alta hospitalaria del neonato cuando el recién nacido prematuro o por cualquier otra causa precisa hospitalización, excluyéndose de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria del contrato de la madre (artículo 48.4 LET).¹³³

1.7.3.2 Permiso parental por paternidad

La Disposición Adicional décimo primera. Once de LO 3/2007, de 22 de marzo, incorporó a LET el artículo 48.bis que dispone que en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento referidos en el artículo 45.1.d) LET el trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo; suspensión que es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad analizado en el párrafo precedente. En el mismo sentido de lo dispuesto por el artículo 48.4 LET, la norma en

¹³³Sobre esta materia el artículo 195 del Código del Trabajo chileno dispone que “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad [...]” a lo dispuesto en la ley específica (19.620). Este derecho es irrenunciable.

La norma agrega que “Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero [...]” establecido en el Código y tendrá derecho al subsidio establecido por ley.

análisis establece que en el caso de parto la suspensión del contrato de trabajo por paternidad corresponderá al otro progenitor, en tanto que tratándose de supuestos de adopción o acogimiento este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 LET sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro. El trabajador podrá ejercer este derecho durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. En cualquiera de estos supuestos el trabajador debe comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos (artículo 48.bis LET)¹³⁴.

1.7.3.2.1 Supuestos de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo

El permiso de que se viene hablando es uno de los supuestos de suspensión de contrato con reserva del puesto de trabajo, lo que significa que al cesar la causa legal respectiva la trabajadora tiene derecho a reincorporarse al puesto de trabajo reservado (artículos 45.1.d) y 48.1 LET)¹³⁵. Sin perjuicio de lo anterior, “el trabajador tendrá derecho a

¹³⁴ El artículo 48.bis de la Ley del Estatuto de los Trabajadores guarda armonía con el punto 2 de la Cláusula tercera del Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, según la cual los Estados miembros o los interlocutores sociales fijarán los períodos de preaviso que debe dar al empleador el trabajador que ejerza el derecho a permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso.

¹³⁵ En el ámbito comunitario se ha relevado la importancia de compatibilizar la protección de la condición biológica y salud de la mujer con la conservación de sus derechos profesionales. Por todas Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE

adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella” (artículo 34.8 LET)¹³⁶ y, en consecuencia, tras la reincorporación el o la trabajadora tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses, período que podrán dividir en dos fracciones y que se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. Dichos permisos pueden ser sustituidos por una reducción de jornada en media hora con la misma finalidad o bien acumulados en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella¹³⁷. Asimismo, en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora o bien a reducir su jornada de trabajo hasta un

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. SSTJCE de 12 de julio de 1984, caso Hofmann; de 30 de abril de 1998, caso Thibault; de 27 de octubre de 1998, caso Boyle y otros; de 18 de marzo de 2004, caso Merino Gómez, y de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 324/2006, de 20 de noviembre, FFJJ 4 y 6, y 152/2011, de 29 de septiembre de 2011, FJ 3.

¹³⁶ Artículo modificado por la Disposición Adicional décimo primera .tres de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* en el sentido de incorporar el numeral 8.

¹³⁷ A modo de ilustración, el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes 2006-2008, B.O.E. núm. 100 de 27 de abril de 2006, en su artículo 41 regula el permiso de lactancia de la siguiente forma: “El permiso de lactancia se regulará según lo establecido en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. Los trabajadores podrán acumular el disfrute de este derecho de reducción de jornada por lactancia en 14 días naturales uniéndolo al período de baja por maternidad”.

máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario (artículos 37.4 y 37.4.bis LET)¹³⁸.

Otro supuesto de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo es la adopción y el acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando estos sean discapacitados o, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. LET precisa que este período de suspensión es de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en dos semanas por cada menor a partir del segundo en caso de adopción o acogimiento múltiples; tratándose de un supuesto de adopción internacional y cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión de que se viene hablando podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción (artículo 45.1.d) LET). Si ambos padres trabajan por cuenta ajena aquél corresponde *ex lege* indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados (artículo 48.4 LET)¹³⁹ porque, a diferencia de lo que sucede en el caso del parto, en estos supuestos la finalidad de la norma es facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, así como también contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. En consecuencia, no existe razón para dar preferencia a uno de los padres sobre el otro en el disfrute del derecho pues si bien los supuestos de parto y adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos (en virtud de lo

¹³⁸ Artículo incorporado por la Disposición Adicional 8.1 a) de la Ley 12/2011, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹³⁹ Artículo modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

dispuesto en el artículo 39.2 CE aquellos son iguales ante la ley con independencia de la filiación) no necesariamente son supuestos equiparables a efectos de los derechos profesionales de los progenitores y adoptantes toda vez que son distintas las situaciones protegidas en los casos de parto (maternidad biológica) y adopción (o acogimiento) (por todas, SSTC 75/2011; 78/2011 y 152/2011).

Con el objeto de evitar discriminaciones fundadas en el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por parto, adopción y acogimiento y paternidad, el apartado final del artículo 48.4 LET establece que los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieren podido tener derecho durante aquella.

El riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de la trabajadora es otra contingencia por la que puede suspenderse el contrato de trabajo. Esta suspensión que sólo es extensible al género femenino por obedecer a motivos biológicos o fisiológicos, no jurídicos, opera en los términos previstos en LPRL que dispone que la evaluación que el empresario debe realizar de aquellos¹⁴⁰ ha de tener una especial dimensión en

¹⁴⁰ El artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dispone que “1. La acción preventiva en la empresa se planificará por el empresario a partir de una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores que se realizará, con carácter general, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad. y en relación con aquellos que están expuestos a riesgos especiales. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de equipos de trabajo, de sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

supuestos especiales como los antes señalados; en efecto, aquella debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las mismas o del lactante en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Este último es aquel relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé) y lo será cuando se presente solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelva afectando de manera particular a la situación de lactancia natural. En consecuencia, no basta la existencia de ciertos riesgos ni tampoco la apreciación subjetiva de la Entidad para la que presta servicios la trabajadora, sino que es preciso que aparezca de forma clara y precisa su existencia en el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo (STSJ Andalucía/Málaga de 2 de noviembre de 2011 (JUR 183218)). Cabe agregar que, tal como ha precisado la jurisprudencia, la identificación del riesgo es una tarea extraordinariamente compleja por “la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos” en cada caso supuesto; por lo mismo, “[...] la evaluación ha de ser específica [debiendo alcanzar] a la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición” (STS de 22 de noviembre de 2011, rcud. 306/2011

2. Si los resultados de la evaluación prevista en el apartado anterior lo hicieran necesario, el empresario realizará aquellas actividades de prevención, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción, que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Estas actuaciones deberán integrarse en el conjunto de las actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma.

Las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie, por el empresario, como consecuencia de los controles periódicos previstos en el apartado anterior, su inadecuación a los fines de protección requeridos.

3. Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos”.

(RJ 1467). Esta situación coloca al trabajador en una posición ciertamente complicada porque si las entidades competentes para realizar tal evaluación (la empresa, la Mutua o los Servicios Médicos del INSS, según corresponda) no han identificado y/o certificado los potenciales riesgos asociados a la lactancia natural y, por lo tanto, se niegan a reconocer la suspensión de la relación de trabajo y el consiguiente subsidio, corresponde al trabajador rebatir dicho pronunciamiento por medio de la demostración de la existencia efectiva del riesgo (STS de 17 de marzo de 2011, rcud. 1864/2010 (RJ 3421); tarea particularmente difícil que, en definitiva, puede frustrar la obtención de la protección prevista en la ley¹⁴¹. En efecto y tal como destaca parte de la doctrina (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2010), p. 161) si no se ha producido una evaluación adecuada de los riesgos o simplemente las entidades responsables se niegan a aceptar su existencia la exigencia de la concurrencia de un “riesgo específico”, si bien

¹⁴¹ El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril de 2012, rcud. 818/2011, se pronunció sobre la solicitud de suspensión del contrato de trabajo y pago del subsidio respectivo, fundada en un riesgo durante la lactancia natural, presentada por una tripulante de cabina de pasajeros de una compañía aérea. En este caso el tribunal de alzada superó la dificultad de la prueba del “riesgo específico” al estimar que, atendido el particular régimen de trabajo al que están sometidas estas trabajadoras, lo que existía era un riesgo psicosocial asociado a la situación de lactancia natural (el sistema de turnos y de distribución horaria y la coincidencia de su prestación de servicios en vuelo impide la pauta de las tomas propia de la lactancia natural –la dejación de la toma de la leche puede comportar riesgos de mastitis, esto, la inhibición definitiva de la leche– así como también la extracción de leche materna y su conservación por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas). Esta situación determina no una incomodidad sino una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo, influyendo negativamente en la salud del lactante, conclusión que llevó al tribunal a evaluar si las medidas alternativas propuestas por la empresa para eludir el riesgo específico detectado podían considerarse adecuadas. Como ha destacado parte de la doctrina (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ) este razonamiento es especialmente importante pues tiene la virtud de resaltar las obligaciones que debe asumir la empresa en la identificación previa de los riesgos y la consiguiente adopción de medidas dirigidas a evitarlos y las responsabilidades derivadas de una actuación que no se ajuste a este esquema preventivo.

es un requisito comprensible y razonable, puede convertirse en un obstáculo difícilmente insoslayable para dar cobertura al interés jurídico digno de tutela.

Ahora bien, si los resultados de la referida evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de las trabajadoras afectadas; adaptación que debe incluir, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turno. Sólo cuando esa adaptación no resulta posible o la realizada es insuficiente, de forma tal que las actividades a desarrollar pudieren influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, procede la movilidad funcional – ordinaria o extraordinaria– caso en el cual la trabajadora debe desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El problema es que, en la práctica, los beneficios legales antes señalados no siempre son aplicables porque la movilidad funcional implica un volumen de plantilla adecuado y requiere de cierta estabilidad en los contratos, condiciones no siempre concurrentes respecto del colectivo femenino concentrado en el sector servicios y que preferentemente presta sus servicios a jornada parcial caracterizada precisamente por su inestabilidad.

Pero si no existieren puestos de trabajo o función compatible, la trabajadora afectada puede ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. LPRL agrega que sólo cuando todo lo anterior no es posible puede declararse el paso de aquella a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) LET, durante el período necesario para la protección

de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (artículo 26.1.2 y 3 LPRL).

Cabe señalar que, tal como ha destacado la jurisprudencia, la complejidad de la situación protegida de que se viene hablando queda de relieve porque la misma “[...] no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante” (STS de 17 de marzo de 2011, rcud. 1864/2010 (RJ 3421). Es más, lo que precipita la alteración de lo pactado y, en última instancia, la prestación por riesgo durante la lactancia, es la concurrencia de un determinado riesgo real, aun cuando alguna sentencia también admite el subsidio si sólo existen indicios de que aquél puede producirse (STSJ Asturias de 16 de octubre de 2009 JUR 477352).

A la suspensión del contrato de trabajo de que se viene hablando, que finalizará el día en que se inicie la suspensión por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses respectivamente o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado, está asociada una prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. Dicha prestación, introducida en el ordenamiento jurídico español a raíz de la LO 3/2007, de 23 de marzo, con el objetivo de favorecer la integración y conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer de acuerdo con lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre y desarrollada reglamentariamente en el RD 295/2009, de 6 de marzo, se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la LGSS y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación. Para que esta prestación pueda percibirse en los términos previstos en los artículos 135.bis y *ter* LGSS han de cumplirse todos los requisitos normativamente establecidos de manera sucesiva, esto es, la identificación de

los riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o bien que los niveles de los mismos sean tolerables y controlados (SSTS 17, de marzo de 2011; 18, de marzo de 2011; 3, de mayo de 2011 y 21, de septiembre de 2011).

1.7.3.3 Las licencias parentales

LET consagra el derecho a reducción de jornada a favor de los trabajadores hombres o mujeres que por razones de guarda legal tienen a su cuidado directo algún menor de ocho años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeña una actividad retribuida; del mismo modo, al o la trabajadora que precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, se reconoce el antes anotado derecho. Aun cuando LET precisa que esta reducción de jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, si dos o más trabajadores de la misma empresa lo generasen por el mismo sujeto causante el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (artículo 37.5 LET)¹⁴². En este mismo orden de ideas, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada en los casos de lactancia de hijo menor de nueve meses, cuidado directo de un menor de ocho años o de persona con discapacidad o cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria (artículo 37.6 LET), sin que el empresario pueda negar su concesión fundado

¹⁴² Artículo modificado sucesivamente por la Ley 39/1999, de 05 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y Disposición Adicional décimo primera. Cinco de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

en la existencia de razones organizativas que impidan a la misma acomodarse al nuevo horario propuesto (STS, Sala 4º de lo Social, de 28 de febrero de 2011).

Cabe advertir que la reducción de jornada de que se viene hablando va aparejada de una disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, cuestión que tiene consecuencia en materia de prestaciones sociales. Efectivamente, la legislación de seguridad social preceptúa que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del régimen general, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador —o la que efectivamente perciba, de ser ésta superior— por razón del trabajo que realice por cuenta ajena (artículos 109.1, 139.2 y 140.1 LGSS). Pero para la determinación de dicha base de cotización en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal y cuidado de un hijo menor de 6 años hay que atender a lo establecido en la normativa específica sobre contrato a tiempo parcial¹⁴³ que dispone que aquélla se determinará por las retribuciones percibidas en función de las horas trabajadas (artículo 65 RD 2064/95). Entonces, dado que durante el período en que el trabajador está haciendo uso del derecho a permiso parental cotiza al régimen legal de seguridad social en proporción al salario percibido, los derechos a prestaciones de seguridad social que adquiere son de importe inferior al que hubiera correspondido de seguir trabajando a jornada completa; es decir, el ejercicio de los derechos legales al permiso y reducción de jornada por guarda legal significan una merma en el reconocimiento y devengo de prestaciones de seguridad social. Ahora bien, sobre la base de lo establecido en el apartado sexto de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, a saber, que “Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso

¹⁴³ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social, BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996, p. 2295.

parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental [...]” y que al “[...] finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales”, se ha planteado si la citada cláusula se opone a que en el cálculo de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador se tengan en cuenta las cotizaciones minoradas en proporción al salario percibido en dicho período y si exige, en cambio, que se consideren las cotizaciones correspondientes a la retribución por tiempo completo. Sobre el particular TJCE ha precisado que la expresión “derechos adquiridos o en curso de adquisición” comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral y a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental. Por otra parte el objeto de cláusula 2, apartado 6, que se desprende tanto de su tenor como del contexto en que se inserta, no sólo es evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación laboral que ya hayan sido adquiridos o estén en curso de adquisición y a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicia un permiso parental, sino que también garantizar que al finalizar dicho permiso el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba antes del citado permiso. Sin embargo, la cláusula en análisis no regula los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral durante el período de permiso parental que, en virtud de lo dispuesto por el apartado séptimo de la referida cláusula, son definidos por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales remitiéndose, de este modo, a la legislación nacional y a los convenios colectivos para la determinación del régimen del contrato o de la situación laboral, incluso en lo que respecta a la medida en que, durante el permiso, el trabajador sigue adquiriendo derechos frente al empleador o en virtud de los regímenes profesionales de seguridad social. La remisión a la legislación nacional también se produce a propósito del examen y la determinación de todos los asuntos de seguridad social vinculados con dicho Acuerdo teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos y en particular los

cuidados sanitarios. Por lo tanto, atendido que la cláusula 2, apartados 6 y 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los trabajadores que, durante el período en que disfruten de un permiso parental a tiempo parcial, seguirán adquiriendo derechos a futuras prestaciones de seguridad social en la misma medida en que lo harían si siguieran trabajando a tiempo completo, la determinación de esta materia es tarea de los Estados miembros. Por su parte, la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 sólo contempla la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (artículo 1º) pero no obsta la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación la adquisición del derecho a las prestaciones de seguridad social después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos (artículo 7); es decir, esta materia sigue siendo de competencia exclusiva de los Estados miembros (SSTJCE, asuntos Johnson, C-31/90, 11 de julio de 1991; Gómez-Limón Sánchez-Camacho e Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros, de 16 de julio de 2009, y Meerts y Proost NV, C-116/08, de 22 de octubre de 2009).

Habida cuenta de que son las mujeres las que mayoritariamente ejercen los derechos en análisis se configura otro supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo pues disposiciones legales aparentemente neutras afectan de modo preferentemente al colectivo femenino.

1.7.3.4 Las excedencias laborales

Otro de los mecanismos ideados por el legislador español para posibilitar la conciliación de las obligaciones familiares y profesionales es la excedencia laboral entendida como la decisión del trabajador de cesar su relación con la empresa durante un período determinado en el cual se dedica a otras tareas (ejercicio de cargos públicos o sindicales o cuidado de hijos y familiares), distinguiéndose entre la excedencia forzosa, configurada expresamente como causal de suspensión del contrato de trabajo (artículo

45.1.k) LET), la voluntaria que es una figura que tiene semejanzas con la suspensión pero de cierta constitución autónoma y la excedencia para el cuidado de hijos y de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puede valerse por sí mismo y no desempeña actividad retribuida. Tratándose de la excedencia para el cuidado de cada hijo –por naturaleza o por adopción, o en los supuestos de acogimiento tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales¹⁴⁴– ella tendrá una duración no superior a tres años a contar de la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa; pero si se trata de excedencia para el cuidado de un familiar aquella tendrá una duración no superior a dos años, período que puede mejorarse por negociación colectiva. En ambos casos podrá disfrutarse en forma fraccionada (artículo 46.3.3 LET), en armonía con la Cláusula tercera del Acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental que establece que en lo relativo a las condiciones de acceso y las normas de aplicación del mismo los Estados miembros o los interlocutores sociales pueden “[...] a) decidir si se concede el permiso parental a tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo, teniendo en cuenta tanto las necesidades de los empresarios como de los trabajadores”.

La excedencia para el cuidado de hijos y familiares regulada en el artículo 46.3 LET tiene una doble regulación durante el primer año y el resto del período. En efecto, el período de excedencia que el trabajador (padre o madre) tiene derecho a pedir por cada hijo nacido o adoptado puede serlo por un período no superior a tres años, pero sólo el primero (que no tiene por qué corresponder con el primer año de edad del hijo) da

¹⁴⁴ Si bien en un principio esta excedencia laboral sólo se refería a los hijos por naturaleza, se amplió a los supuestos de adopción conforme a los planteamientos del Acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental que, en su Cláusula Cuarta, establece el deber de los Estados miembros y los interlocutores sociales de considerar la necesidad de adoptar las medidas suplementarias (con respecto a las modalidades del permiso parental “normal”) que se precisen para responder a los requerimientos específicos de los padres y madres adoptivos.

derecho a una excedencia “forzosa”, es decir, incluye reserva de puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad de su vigencia. El tiempo solicitado que exceda del año y hasta el máximo posible de tres tendrá un tratamiento cercano a las excedencias forzosa y voluntaria porque durante todo el tiempo, incluido el exceso sobre el primer año, será computable a efectos de la antigüedad en la empresa y el trabajador también tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario especialmente con ocasión de su reincorporación; pero el trabajador ya no tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo y ésta quedará referida “a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”. Del mismo modo tratándose de la excedencia para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, sólo el primer año de su duración tiene régimen jurídico de la excedencia forzosa en tanto que el resto (un año o más, si se ha mejorado el plazo por negociación colectiva) tendrá uno cercano a la excedencia forzosa y la voluntaria. En todo caso, LET dispone que cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de ‘numerosa’, la reserva de puesto de su trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de una de categoría especial (artículo 46. 3.5 y 6 LET).

Al igual que en el supuesto de cuidado de hijos por naturaleza o por adopción o acogimiento, la excedencia constituye un derecho individual de los trabajadores hombres o mujeres y, por lo tanto, intransferible (la ley nada dice respecto de su transferencia por decisión del trabajador) pudiendo servir de incentivo positivo para ser utilizado por los padres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (artículo 46.3 LET).

Las medidas legislativas antes analizadas, dirigidas a promover un reparto más equilibrado de las obligaciones familiares y profesionales entre los sexos, no han logrado el objetivo propuesto. En efecto, la Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010 (INE) informa que el 38,7 por cien de los hombres (de 10 años y más) trabaja de forma remunerada dedicando a estas tareas una media diaria de 7 horas y 5 minutos, frente al 28,2 por cien de las mujeres que destina a dichas labores 6 horas y 43 minutos diarios. Por otra parte, el 91,9 por cien de las mujeres de 10 y más años se dedica a la atención y cuidado del hogar y la familia (niños, ancianos y personas dependientes) mientras que, en el caso de los varones, este porcentaje asciende al 74,7 por cien¹⁴⁵. Cabe agregar que los datos sobre el reparto de las tareas de atención de hogar y familia revelan que la dedicación media diaria de las mujeres es superior en todos los tipos de hogar; en el caso de formado por pareja con hijos la dedicación diaria de la mujer casi duplica la dedicación del hombre (4 horas y 37 minutos de la primera frente a las 2 horas 34 minutos del segundo) en tanto que tratándose de pareja sola la dedicación es casi la misma (4 horas y 45 minutos la mujer, 2 horas y 34 minutos el hombre). La situación se mantiene respecto de los hogares unipersonales formados por mujeres en los que la dedicación a las tareas de que se viene hablando es de 3 horas y 38 minutos diarios; en los hogares de madre sola con algún hijo la destinación es de 4 horas 38 minutos¹⁴⁶.

¹⁴⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010*- Uno de los principales objetivos de esta encuesta es obtener información primaria para conocer la dimensión del trabajo no remunerado realizado por los hogares y la distribución de las responsabilidades familiares del hogar al interior del hogar.

¹⁴⁶ Información disponible en http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472448&p=125473511067_2&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259924822888

Estas cifras dejan de manifiesto la fuerte influencia de los factores socio-culturales que imponen a las mujeres la atención preferente del hogar y la familia y, por lo mismo, no es de extrañar que sean ellas las que mayoritariamente hagan uso de los permisos de lactancia y reducción de jornada para el cuidado de hijos y familiares. En atención a esta realidad parte de la doctrina (NEVADO FERNÁNDEZ, M. José, 2010; p. 247) destaca la importancia y necesidad de medidas que no sólo permitan la conciliación “[...] pues mientras sigan conciliando en su gran mayoría las trabajadoras y no se fomente la igualdad en las responsabilidades familiares, en la función que cumple el trabajo doméstico, así como el de cuidado de mayores y menores, difícilmente tendremos un mercado de trabajo participado de modo igual por hombres y mujeres [...] también queda claro que tanto a la ley como al convenio le corresponde adoptar una política menos inmovilista, de innovación de experiencias que posteriormente se difundan con cuantos reconocimientos públicos sean necesarios”.

A la incidencia de los factores antes referidos se suma el hecho de que el ejercicio del derecho al permiso parental trae aparejado una disminución del salario y como ya se ha señalado, el de los hombres es en promedio superior al de las mujeres; de ahí entonces que sea de toda lógica pensar que en el caso de que ambos padres trabajen será la mujer la que ejercerá aquél pues, en definitiva, la reducción de su salario impactará menos al ingreso familiar que si lo hiciera el padre. Esta conclusión es corroborada por la experiencia de los Estados miembros que ha revelado que el nivel de ingresos durante el permiso parental es un factor influyente en su utilización por los progenitores y especialmente por los padres que se muestran menos dispuestos a ejercerlo¹⁴⁷.

Cabe agregar que si el trabajador es despedido mientras está prestando servicios en jornada reducida por alguno de los casos contemplados en el artículo 37.4.bis, 5 y 7

¹⁴⁷ Considerando 20 del Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010.

LET, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en aquél será el que hubiere correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción (Disposición Adicional Decimoctava.1 LET). Pero si al momento del despido el trabajador se encuentra en situación de excedencia para el cuidado de hijo menor (artículo 46.3 LET) y previo a ésta su jornada se hallaba reducida por razón de guarda legal de un menor el cálculo de la indemnización –incluidos los salarios de tramitación– debe computarse teniendo en cuenta la jornada reducida (STS, Sala 4º, de lo Social, de 6 de noviembre de 2013). Por consiguiente, el trabajador que ejerce los derechos de reducción de jornada por guarda legal y excedencia para el cuidado de hijo resulta perjudicado lo que, a nuestro entender, configura un supuesto de discriminación indirecta por razón de género.

Ahora bien, ante la constatación de que el ejercicio de los derechos antes analizados suele acarrear un trato menos favorable en el ámbito laboral, la legislación laboral dispone que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En particular, será nulo el de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad referidos en el artículo 45.1.d) LET o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período; también será nulo el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4.bis y 5 del artículo 37 LET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de

suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. El despido nulo por alguna de las causales indicadas tendrá el efecto de la readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (artículo 55.5.a).b).c) y 6 LET)¹⁴⁸. Sin embargo y pese a lo dispuesto en las normas legales referidas, la jurisprudencia española da cuenta de despidos fundados en la existencia de causas objetivas económicas de extinción de la relación contractual (artículo 53 LET) que, en realidad, encubren un despido discriminatorio por ejercicio de alguno de los permisos parentales analizados. A modo de ilustración, basándose en la cobertura de una aparente causa objetiva económica de extinción de contrato – reducción de ingresos– el Excmo. Ayuntamiento de Alhendín procedió a extinguir la relación contractual de una mujer que estaba haciendo uso del derecho a reducción de jornada por lactancia y que, a la fecha de la extinción contractual, acababa de obtener una sentencia favorable en un anterior proceso de despido nulo por causa de embarazo. En éste y otros asuntos semejantes los tribunales, junto con rechazar las argumentaciones de los empresarios, han dictaminado que la vulneración de derechos fundamentales en ningún caso puede quedar desvirtuada por la concurrencia de la causal objetiva alegada por el empleador (STSJ de Andalucía (Granada), núm. 1914/13, Sala de lo Social, de 23 de octubre de 2013); criterio jurisprudencial que guarda conformidad con la normativa comunitaria sobre la materia.

¹⁴⁸ Artículo modificado sucesivamente por las Leyes Orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

1.7.4 Modalidades feminizadas de contratación laboral. El trabajo a tiempo parcial

Otra de las fórmulas ideadas para lograr la conciliación de obligaciones profesionales y familiares es la modalidad contractual del trabajo a tiempo parcial. A modo de introducción hay que señalar que en las últimas décadas y consecuencia, en buena parte, de los cambios en la economía y del desarrollo de las ciencias de la información y la comunicación, se ha asentado con fuerza el concepto de “empleo flexible”, entendiendo por tal toda forma de trabajo que no sea a tiempo completo y no tenga una duración indefinida. Ya el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental establecía que “las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad y que deben tener en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de los trabajadores”, al tiempo que el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental ratificó estas ideas al sostener que las medidas encaminadas a mejorar la conciliación forman parte de una agenda política más amplia para abordar las necesidades de los empresarios y trabajadores y mejorar la adaptabilidad y capacidad de inserción, dentro de un enfoque de flexibilidad¹⁴⁹. Entre los tipos de empleo flexible se encuentran el empleo temporal, el empleo eventual, el empleo en el marco de contratos de capacitación, el empleo estacional y el trabajo a tiempo parcial. Este último fue definido por OIT como un trabajo regular y voluntario durante un período de la jornada diaria o semanal considerablemente menor que la duración normal corriente de las horas de trabajo; definición a la que no obstante la gran influencia que ha tenido en el desarrollo y configuración jurídica de la modalidad, se le critica la ambigüedad de la expresión “considerablemente”, la inclusión innecesaria

¹⁴⁹ Consideraciones sexta del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, de 14 de diciembre de 1995, y séptima del Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, de 18 de junio de 2009.

de la palabra “voluntario” y la imprecisión y falta de concreción del ámbito de aplicación del tiempo de trabajo normal de referencia.

Por su parte, el legislador español ha declarado que la configuración del marco jurídico de esta modalidad contractual debe ser sensible a las necesidades de mejora del funcionamiento del mercado de trabajo, al tiempo que atender de forma apropiada a las exigencias de adaptabilidad de las empresas¹⁵⁰ permitiendo a los empleadores adecuar la fuerza de trabajo a las necesidades cambiantes de aquellas y ofrecer nuevas respuestas a las cada vez más diversificadas necesidades de carácter personal, familiar, formativo y profesional de los trabajadores y trabajadoras. De hecho y tal como muestran los datos estadísticos, el contrato a tiempo parcial brinda nuevas posibilidades de inserción laboral especialmente a los grupos más desfavorecidos (mujeres, jóvenes, desempleados de larga duración y los trabajadores de edad avanzada): en el período 2009-primer trimestre 2014 las mujeres representaron el 54,98 por cien (3.504,9 miles de personas) del total de los trabajadores a tiempo parcial en España aunque, hay que señalarlo, aquellas representaron el 96,08 por cien del total de ocupados que trabajaban a tiempo parcial porque debían cuidar a personas dependientes (niños, enfermos, discapacitados o ancianos) y no podían costear los servicios adecuados para la atención de las mismas. Por lo mismo, en relación con el trabajo a tiempo parcial es preciso determinar si aquél es una opción atractiva que los trabajadores voluntariamente eligen o, en verdad, una alternativa al desempleo y, además, analizar si quienes prestan sus servicios a jornada parcial lo hacen en igualdad de condiciones con los trabajadores a tiempo completo sin que el menor tiempo de trabajo les perjudique en el acceso a los beneficios laborales y previsionales. Cabe anunciar, a este respecto que, como se indicará en las siguientes páginas, la modalidad contractual en referencia afecta de manera diferente a los diversos grupos de trabajadores y provoca un impacto desigual en hombres y mujeres habida

¹⁵⁰ Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad.

consideración de sus más altos niveles de precariedad, menor protección social y menores niveles de ingresos, entre otros (VALENZUELA, M.E. y REINECKE, G., 2000). Todavía más: habida consideración de que un porcentaje significativo de trabajadores a tiempo parcial son mujeres, es válido preguntarse si aquél no encubre una discriminación indirecta por razón de sexo al surgir como consecuencia de disposiciones, criterios y/o prácticas aparentemente neutras que se revelan como discriminatorias en sus efectos a la vista de afligir, en sí mismas, a un número mayor de personas de un mismo sexo –mujeres, en este caso– que a otras.

1.7.4.1 Regulación del trabajo a tiempo parcial en el Estatuto de los Trabajadores

El Consejo Europeo de Essen, celebrado los días 9 y 10 de diciembre de 1994, invitó a los Consejos de Ministros de Asuntos Sociales y de Trabajo y al Consejo ECOFIN, así como a la Comisión, a realizar un atento seguimiento de la evolución del empleo, a examinar las políticas correspondientes de los Estados miembros e informar anualmente al Consejo Europeo, a partir de diciembre de 1995, sobre los progresos realizados en el mercado de trabajo. El mismo Consejo estableció cinco sectores de actuación prioritarios en el mercado de trabajo, a saber, el refuerzo de las inversiones en formación profesional, el aumento de la creación de empleo del crecimiento, en particular mediante una organización más flexible del trabajo, la reducción de los costes laborales indirectos, la mejora de la efectividad de las políticas referidas al mercado de trabajo y medidas a favor de los grupos que sufren un riesgo de exclusión del mercado de trabajo (COM (95) 74 final, 1995). Dos años más tarde el Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES estableció en su cláusula 4ª que “1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. [...]”. El punto 2 de la misma cláusula consagró el principio de *pro rata temporis* cuando resultara adecuado,

en tanto que el apartado 4 de aquella dejó supeditado el principio de no discriminación a los intereses de los Estados y los interlocutores sociales por cuanto dispuso que existiendo “[...] razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4”.

En España, en tanto, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas estimaron urgente e inaplazable abrir el debate y la reflexión acerca de en qué medida la recuperación económica podía verse acompañada de una mejora del mercado de trabajo que permitiera responder conjuntamente a los graves problemas del paro, la precariedad y la alta rotación en el empleo. Fue así como la Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida¹⁵¹ reconoció entre sus objetivos específicos potenciar la contratación indefinida, favorecer la inserción laboral y la formación teórico-práctica de los jóvenes, especificar y delimitar los supuestos de utilización de la contratación laboral, especialmente los contratos de obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción y mejorar el existente marco de protección social para el trabajo a tiempo parcial; además debían garantizarse las condiciones del trabajo a tiempo parcial, las supresiones de las discriminaciones contra quienes prestaran sus servicios bajo esta modalidad contractual y facilitar el desarrollo de aquél sobre una base voluntaria, todo ello para contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo habida

¹⁵¹ B.O.E. núm. 118, de 17 de mayo de 1997.

consideración de los requerimientos de empresarios y trabajadores y de que el trabajo a tiempo parcial es un modo de abrir nuevas posibilidades de empleo¹⁵².

Ahora bien, al estudiar la regulación del trabajo a tiempo parcial en LET se advierte que las numerosas modificaciones legales de que ha sido objeto se han dirigido mayoritariamente a favorecer la flexibilidad laboral, aun cuando muchas de ellas declaran obedecer a la necesidad de adoptar medidas que, además de contribuir a la recuperación económica, signifiquen una mejora del funcionamiento del mercado de trabajo que permita responder conjuntamente a los graves problemas del paro, la precariedad y la alta rotación del empleo¹⁵³. Es así como en el sentido trazado por la Ley 8/1997, de 16 de mayo, el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, estableció que la

¹⁵² Cláusula 1.a) y b) del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial (1997), elevado al rango de Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES y Preámbulo del Convenio núm. 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, adoptado en Ginebra el 24 de junio de 1994.

¹⁵³ Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. B.O.E. núm. 118, de 17 de mayo de 1997, pp. 15406 a 15411; Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, B.O.E. núm. 312, de 30 de diciembre de 1997, pp. 38245 a 38251; Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, B.O.E. núm. 285, de 28 de noviembre de 1998, pp. 39188 a 39193; Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, B.O.E. núm. 54, de 3 de marzo de 2001, pp. 8062 a 8070; Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, B.O.E. núm. 164, de 10 de julio de 2001, pp. 24890 a 24902; Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, B.O.E. núm. 36, de 11 de febrero de 2012, pp. 12483 a 12546; Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, B.O.E. núm. 162, de 7 de julio de 2012, pp. 49113 a 49191; Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de Medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, B.O.E. núm. 305, de 21 de diciembre de 2013, pp. 103148 a 103162.

mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial requería del establecimiento de una regulación que permitiendo una adecuada flexibilidad en este tipo de trabajo garantizara al mismo tiempo determinados principios básicos entre los que destaca la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo sin perjuicio de la aplicación, cuando resultara adecuado, del principio de proporcionalidad. Este último que importa dispensar un trato desigualmente proporcionado a la reducción de jornada en las materias que de ello dependieren (retribuciones, prestaciones económicas de Seguridad Social, derechos derivados del cómputo de antigüedad o de la vinculación temporal del trabajador a la empresa), es consagrado en el artículo 12.4.d) LET en los siguientes términos: “[...] Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional en función del tiempo trabajado”. Ahora bien, junto al principio de proporcionalidad se introdujo una fórmula de equiparación en virtud de la cual los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los a tiempo completo (artículo 12.4.d LET) en todas aquellas materias que no dependan de la jornada reducida de trabajo, a saber, seguridad e higiene, materia electoral, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, etcétera; de este modo la proporcionalidad, asociada al principio de igualdad, supone el tratamiento distinto de situaciones desiguales y concretamente respecto del trabajo a tiempo parcial, la toma en consideración del tiempo de trabajo.

Otro de los principios básicos de la modalidad contractual en comento es la voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial conforme a la cual la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter de voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aquella incorpora el derecho del trabajador a no ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de negarse a ser transferido desde un empleo a tiempo completo a otro a tiempo parcial, sin perjuicio de las medidas relativas

a despido colectivo o por causas objetivas que puedan adoptarse por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, LET dispone que “[...] el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo”. Además, con carácter general las referidas solicitudes deberán ser tomadas en consideración por el empresario en la medida de lo posible y la denegación de las mismas notificadas por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada (artículo 12.4.e).

Asimismo, se reconoce como principio básico del contrato en análisis el acceso efectivo a la protección social de este colectivo de trabajadores, introduciéndose para ello los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas de este tipo de trabajo.

No obstante la consagración normativa de los principios indicados, los trabajadores a tiempo parcial sufren una serie de perjuicios en el acceso a los beneficios laborales y previsionales, algunos de los cuales se derivan de la misma definición del trabajo a tiempo parcial. Efectivamente la Ley 8/1997, de 16 de mayo, dispuso que “El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos periodos de tiempo”¹⁵⁴. La indeterminación del término “habitual” fue corregida por el RDL 15/1998, de 27 de

¹⁵⁴ En estos mismos términos es definido el contrato a tiempo parcial en la Ley 63/1997, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, B.O.E. núm. 312, de 30 de diciembre de 1997.

noviembre, que en su artículo primero estableció que “[e]l contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal”. Sin embargo, el RDL 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad dio una nueva redacción al apartado primero del artículo 12 LET estableciendo que el contrato a tiempo parcial es aquél en que se ha acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año (estos son los módulos de medición del tiempo reducido) inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable¹⁵⁵; es decir y en paralelismo con lo dispuesto en el Convenio núm. 175 OIT y la Directiva 97/81/CE, de 15 diciembre, LET prescinde de apelar a un número de horas determinado a la semana y, en cambio, acoge un concepto relativo dependiente de un tercero de comparación real, el “trabajador a tiempo completo comparable”, esto es, un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar habida consideración de factores tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento el cotejo debe efectuarse haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales¹⁵⁶. El

¹⁵⁵ La legislación laboral española siempre ha dado una definición del “contrato de trabajo a tiempo parcial”, a diferencia de lo que ocurre en la normativa internacional y comunitaria que definen al trabajador que presta sus servicios a tiempo parcial.

¹⁵⁶ Cláusula 3.1 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general, es decir, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES).

mismo cuerpo normativo precisa que es tal aquel “[...] a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal” (artículo 12.2 LET).

El precepto legal en análisis merece algunas observaciones; en primer lugar él considera al trabajador que efectúa un tipo de trabajo o profesión idéntico o similar, no al que realiza un trabajo de *igual valor* que, por cierto, es el criterio utilizado a propósito de la igualdad de remuneración por razón de sexo (Convenio N°100, sobre igualdad de remuneración, de 1951 y artículo 28 LET). Por otra parte, la eliminación de la supresión del límite máximo establecido por el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, ha sido criticada por cuanto introduce un elemento de incertidumbre en las condiciones básicas del trabajo (jornada y horario) de quienes prestan sus servicios a tiempo parcial; en efecto, al disponer la ley que el contrato a tiempo parcial se entiende celebrado cuando se ha acordado la prestación de servicios en un periodo *inferior* a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo posibilita que la reducción del tiempo de trabajo pueda ser cualquiera, incluso mínima con tal que, en definitiva, la jornada resultante sea menor a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Es más, la ley exige que en

El artículo 1.a) del Convenio núm. 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, de 1994, establece que “[...] la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable; [...]c) la expresión trabajador a tiempo completo en situación comparable se refiere al trabajador a tiempo completo que:

- (i) tenga el mismo tipo de relación laboral;
- (ii) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y
- (iii) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad que el trabajador a tiempo parcial de que se trate”.

el contrato de que se viene hablando –necesariamente formalizado por escrito– debe figurar el número ordinario de horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas (artículo 12.4.a LET) pero no el límite máximo de las mismas. Surge así el riesgo de que bajo la forma de un trabajo a tiempo parcial se encubra uno a jornada completa, situación que no se salva en los convenios colectivos que se limitan a reproducir la normativa sin especificar, por lo general, cuál es la disminución de jornada que da lugar a una de tipo parcial¹⁵⁷ o a establecer límites mínimos a la duración de la jornada de trabajo en estudio¹⁵⁸.

1.7.4.2 De las horas complementarias

La incertidumbre relativa a la duración máxima de la jornada parcial aumenta con la incorporación de las horas complementarias. Definidas como las adicionales a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial y cuya posibilidad de realización haya sido acordada por las partes (artículo 12.5 LET) fueron ideadas por el legislador de 1998 como un instrumento para favorecer la contratación a tiempo parcial indefinida procurando flexibilizar el que se hubiere contratado. De hecho, el trabajador solamente estipula el pacto de horas complementarias al momento de la celebración del contrato de trabajo a tiempo parcial o con posterioridad a éste, en tanto que la ejecución del

¹⁵⁷ En este sentido dispone el artículo 1.1 del Convenio Colectivo Interprovincial de Empresas para el Comercio de flores y plantas, B.O.E. de 28 de julio, núm. 179/2003 “Este contrato se entenderá celebrado cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas inferior a la jornada laboral a tiempo completo prevista en el presente convenio”.

En todo caso, existen convenios en los que se especifica la reducción de jornada, como el Convenio Colectivo Nacional de la Prensa Diaria, B.O.E. de 20 de septiembre, núm. 226/2001, que en su artículo 15 establece que será contrato a tiempo parcial “todo aquel que se perfeccione para la realización de una jornada anual inferior en un 15 por 100 a la pactada en este Convenio Colectivo”.

¹⁵⁸ El artículo 13 del Convenio Colectivo para residencias privadas de la tercera edad y asistencia social, B.O.E. de 30 de julio, núm. 181/2003, dispone que “la duración mínima de las jornadas a tiempo parcial será de veinte horas semanales, a excepción de las originadas por contratos o servicios que por sus características requieran jornadas inferiores, en cuyo caso la duración mínima será de doce horas.”

mismo queda entregada a la voluntad unilateral del empleador quien es el único facultado por la ley para requerir su cumplimiento –“el empresario sólo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador” (artículo 12.5.a) LET)–; conclusión confirmada por el tenor literal de la letra c) del mismo artículo 12.5 que especifica que el pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias “cuya realización podrá ser requerida por el empresario”. Todavía más, el pacto en referencia deviene obligatorio para el trabajador mientras esté vigente, sin perjuicio de que la ley lo faculta para desistirse del mismo (LET habla de “renuncia”) siempre que se reúnan los requisitos legales, a saber, preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración y cuando concurriere alguna de las siguientes circunstancias legales: la atención de responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 LET, por necesidades formativas y siempre que se acredite la incompatibilidad horaria, o por incompatibilidad horaria con otro contrato a tiempo parcial¹⁵⁹.

Conforme lo dispuesto en el artículo 12.5.c) LET, el pacto de horas complementarias debe recoger el número de aquellas cuya realización puede ser requerida por el empresario, pero sin exceder del 30 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato¹⁶⁰; si bien este porcentaje máximo puede ser modificado por los convenios colectivos, en ningún caso éste podrá ser inferior al citado 30 por 100 ni exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. LET agrega que sin perjuicio del pacto de horas complementarias, en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria cuyo número no podrá superar el 15 por

¹⁵⁹ Aunque la ley nada dice al respecto pareciera que sería posible, en virtud de la autonomía individual o colectiva, añadir otras causales de denuncia de este pacto.

¹⁶⁰ Bajo la vigencia del Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, este límite máximo no podía exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias contratadas.

100, ampliables al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato¹⁶¹; aquellas no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas que se establecen en el artículo 12.5.c) LET, a saber, 30 por cien de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato u otro porcentaje máximo establecido por convenio colectivo que en ningún caso podrá exceder del 60 por cien de las horas ordinarias contratadas (artículo 12.5.g LET). Queda así de manifiesto la laxitud de la regulación de las horas complementarias pactadas y voluntarias que, unida a la eliminación del límite máximo de la jornada parcial, puede provocar que en un caso concreto aquella resulte superior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. En consecuencia, es evidente que las modificaciones introducidas por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, la Ley 12/2001, de 9 de julio y el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, por una parte han potenciado la flexibilidad de la contratación a tiempo parcial al otorgar a los empleadores mayores facilidades para adecuar la fuerza de trabajo a las necesidades productivas de la empresa y; por otra, han ido en perjuicio de quienes prestan sus servicios a tiempo parcial pues aun cuando el artículo 12.5.i) LET dispone que la realización de las horas complementarias ha de respetar, en todo caso, los límites legales en materia de jornada –esto es, nueve horas diarias de trabajo efectivo u ocho horas diarias de promedio en el caso del trabajo nocturno– y descansos establecidos en los artículos 34.3 y 4, 36.1 y 37.1 LET, la incertidumbre generada respecto a la ordenación del tiempo de trabajo impide o, al menos, dificulta a este colectivo de trabajadores el desarrollo de otras tareas a tiempo parcial, la planificación de actividades formativas y/o la atención de sus responsabilidades familiares. Conclusión refrendada por la ausencia de regulación legal sobre la distribución de las horas contratadas y su concreción mensual, semanal y diaria. Cabe precisar que bajo la vigencia del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, se exigió que en el contrato a tiempo parcial figurara, además del número de horas ordinarias de trabajo contratadas, la distribución y concreción mensual, semanal y diaria de las mismas, incluida la determinación de los

¹⁶¹ El artículo 12.5.g) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que “La negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable”.

días en los que el trabajador debía prestar servicios. Si estas reglas no se observaban el contrato se presumía celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acreditara el carácter parcial de los servicios y el número y distribución de las horas contratadas¹⁶². Esta concreción horaria fue muy criticada por la CEOE y la CEPYME que sostuvieron que ella constituía un impedimento a la distribución variable de la jornada ordinaria y a la facultad empresarial de elaborar el calendario laboral. En definitiva este planteamiento se impuso y la referida exigencia fue suprimida por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, que en su Exposición de Motivos señala que las modificaciones introducidas en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial tienen por “[...] objeto lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual, cuyo relevante papel en el crecimiento del empleo estable y en la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores ha sido puesto de relieve por todos los protagonistas de las relaciones laborales en el contexto de la Unión Europea”. Y aunque en el año 2013 se modificó la norma en comento en el sentido de que en el contrato a tiempo parcial debía figurar el modo de distribución de las horas ordinarias contratadas “según lo previsto en convenio colectivo”¹⁶³, la incertidumbre en esta materia no se ha solucionado; ello porque por regla general las estipulaciones de convenios colectivos no limitan la discrecionalidad empresarial en lo relativo a la distribución y concreción horaria, de forma tal que éstas quedan entregada al pacto individual en el que el empresario puede acordar fórmulas tan abiertas e indeterminadas que permitan la modificación de la jornada al momento de la prestación de servicios e, incluso, concretar la prestación de servicios en cada momento, sin necesidad de preaviso (contratos *de llamada o a la llamada*) y con menos ataduras que las que puedan

¹⁶² Artículo 12.4.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores bajo la vigencia del Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad.

¹⁶³ Artículo 12.4.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, *de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*.

existir en la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas (CASAS BAAMONDE, M. Emilia, pág. 543). Habida consideración de que la distribución compensa la inseguridad del tiempo de trabajo y que lo prohibido es la conversión obligatoria de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo o viceversa (artículo 12.4.e) LET)¹⁶⁴ pero no los cambios en la jornada y horarios contratados ni en la distribución de los mismos, es evidente la vulnerabilidad de los trabajadores a tiempo parcial. Efectivamente, la indeterminación horaria anula o al menos disminuye fuertemente una de las ventajas que tradicionalmente se ha reconocido a la modalidad contractual en análisis, a saber, posibilitar la conciliación de las obligaciones laborales con las familiares, atender las necesidades formativas o dar solución a la incompatibilidad horaria con otro trabajo a tiempo parcial.

En lo relativo a la distribución y realización de las horas complementarias pactadas, bajo la vigencia del RDL 15/1998 debía atenderse a lo establecido al respecto en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior; en ausencia de Convenio, el total de horas complementarias anuales pactadas debía distribuirse proporcionalmente en cada uno de los trimestres del año natural para su realización dentro de cada trimestre y el empresario podía transferir hasta un 30 por 100 de las horas complementarias no consumidas en un trimestre al trimestre siguiente. Pero tras la modificación introducida por Ley 5/2001, de 9 de julio, el artículo 12.5.d) LET se limitó a señalar que sobre el particular había que ajustarse a lo establecido sobre el particular en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias; salvo que otra cosa se estableciera en aquél, el trabajador debía conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso mínimo de tres días. Sin embargo este apartado fue nuevamente modificado y conforme a la redacción dada por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, el trabajador a tiempo parcial debe conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias

¹⁶⁴ En el mismo sentido disponen los apartados 2 y 3 de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, de 1997.

pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior (antes dicho plazo era de siete días) pero nada dice sobre la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas. De este modo se refuerza más la discrecionalidad empresarial en materia de distribución y concreción horaria de la jornada a tiempo parcial, pues el empleador es quien determina unilateralmente la forma en que se realizarán aquellas.

Cabe agregar que el RDL 5/2001, de 2 de marzo, suprimió la consolidación de las horas complementarias en la jornada a tiempo parcial consagrada en el RDL 15/1998, de 27 de noviembre que podía dar lugar a la modificación de la ordinaria pactada inicialmente en el contrato respectivo. Dicha modificación que otorgaba mayor certeza al trabajador en relación con su jornada de trabajo, podía producirse en dos tramos: en el primero se consolidaban en la jornada ordinaria el 30 por 100 de la media anual de las horas complementarias realizadas en un período de dos años a contar desde la vigencia del pacto de horas complementarias. En el segundo tramo, en tanto, se consolidaba el 50 por 100 de la media anual de las horas complementarias realizadas durante los dos años siguientes. En ningún caso, una vez practicada la consolidación, el número de horas complementarias resultante podía ser inferior al 4 por 100, respetándose siempre el límite legal de trabajo a tiempo parcial establecido en el artículo 12.1 LET (77 por cien de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal). Ahora bien, la consolidación no se producía en forma automática sino que era necesario que el trabajador manifestara su voluntad en tal sentido, en relación con la totalidad o con una parte de las horas correspondientes, dentro del plazo máximo de los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de consolidación. A estos mismos efectos, el empresario debía entregar al trabajador que había hecho valer su derecho a la consolidación de las horas complementarias, con un preaviso de siete días a la finalización del correspondiente período de referencia, una certificación relativa al número de horas susceptibles de consolidación sin que la falta de esta certificación

extinguiera el derecho a la ampliación de la jornada”¹⁶⁵. Por consiguiente, el empresario sabía que la ejecución de aquéllas, mantenida en el tiempo, podía conducir a la modificación sustancial de una de las condiciones pactadas en el contrato a tiempo parcial; asimismo, la consolidación de las horas complementarias otorgaba seguridad en la determinación del tiempo de trabajo y, por lo mismo, constituía una garantía para los trabajadores a tiempo parcial que, dada la supresión de las mismas, ya no existe.

Es del caso señalar que habida consideración de la semejanza entre las horas complementarias y las extraordinarias –las realizadas sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y que son abonadas en la cuantía que se haya fijado y que en ningún caso puede ser inferior al valor de la hora ordinaria, o bien compensadas por tiempos equivalentes de descanso retribuido (artículo 35.1 LET)– llama la atención que las primeras sean retribuidas como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones. Este distinto régimen jurídico en el pago de las horas complementarias evidencia una vez más el perjuicio para los trabajadores a tiempo parcial a los que, además, se prohíbe la realización de horas extraordinarias salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3 LET, a saber, prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes; por otra parte, el artículo 12.4.c) del mismo cuerpo normativo agrega que la suma de las horas ordinarias y complementarias no puede exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado primero del artículo 12 LET que, como ya se advirtió, es bastante impreciso. Es decir, sin que se ofrezca una justificación suficiente la ley impide a los trabajadores a tiempo parcial acceder a una mayor retribución de las horas laboradas en exceso de la jornada

¹⁶⁵ Vid. artículo 12.5.i) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el RDL 15/1998, de 27 de noviembre.

ordinaria pactada, colocándoles en una posición desigual respecto de quienes laboran a tiempo completo¹⁶⁶.

Lo expuesto lleva a sostener que el trabajo a tiempo parcial, pese a acercarse bastante a las modalidades y condiciones del “normal” o “regular”, se caracteriza por su precariedad en

¹⁶⁶ La jurisprudencia del TJCE no ha sido uniforme en relación con el pago de las horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial. En el asunto *Elsner Lakeberg*, C-285/02, de 27 de mayo de 2004, analizó una normativa nacional que establecía que solo después de haber trabajado tres horas extraordinarias al mes se podía cobrar por la realización de horas por encima de la jornada ordinaria. Aunque esta regla se aplicaba igualmente a los trabajadores a tiempo parcial y a jornada completa, a los primeros les afectaba de una forma desproporcionada pues para ellos tres horas al mes representaban una carga de trabajo mucho mayor en términos relativos. Además, como esta diferencia de trato afectaba a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, fue declarada contraria al artículo 119 del Tratado CEE, salvo que la misma fuera justificada suficientemente por motivos totalmente ajenos a la discriminación sexista. En el caso *Helmig y otros*, asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, de 15 de diciembre de 1994, el TJCE declaró que no existía diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a jornada completa cuando las disposiciones nacionales aplicables sólo preveían el pago de complementos por horas extraordinarias en caso de sobrepasar la jornada normal de trabajo, tal como se establecía mediante convenio colectivo, y no en el caso de sobrepasarse el tiempo individual de trabajo. El Tribunal de Justicia constató que, en tales circunstancias, los trabajadores a tiempo parcial percibían realmente, a igualdad de horas trabajadas, la misma retribución que los trabajadores a jornada completa y ello tanto si no se sobrepasaba el límite de la jornada normal de trabajo fijada por los convenios colectivos como si las horas trabajadas sobrepasaban dicho límite, dado que en este último supuesto los complementos salariales por horas extraordinarias se aplicaban a las dos categorías de trabajadores.

En fin, en el asunto *Voß*, C-300/06, de 0 de diciembre de 2007, las horas extraordinarias se pagaban en menor cuantía que las horas ordinarias lo que tenía como consecuencia que, por un mismo número de horas trabajadas, los trabajadores a tiempo parcial podían percibir una retribución menor si realizaban alguna por encima de su jornada reducida, pero por debajo de la jornada ordinaria de los trabajadores a jornada completa. Por lo tanto, se producía una diferencia de trato peyorativa para quienes prestaban sus servicios a tiempo parcial, contraria al artículo 141 del texto consolidado del Tratado de las Comunidades en la medida que el colectivo estuviese feminizado, salvo que la diferencia de trato se justificase con factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

relación al menor tiempo de trabajo. Aquella se ve agravada por prácticas empresariales o normativas que disminuyen o suprimen derechos respecto de los trabajadores a tiempo completo por medio de distinciones carentes de razonabilidad, justificación objetiva y/o proporcionalidad, situación que atenta contra el principio de igualdad y no discriminación de este colectivo. Por otra parte y habida consideración de que un porcentaje significativo de trabajadores a tiempo parcial son mujeres es posible concluir que aquél encubre una discriminación indirecta por razón de sexo toda que surge como consecuencia de disposiciones, criterios y/o prácticas aparentemente neutras que se revelan como discriminatorias en sus efectos a la vista de afligir, en sí mismas, a un número mayor de personas de un mismo sexo –mujeres, en este caso– que a otras.

1.7.4.3 Protección social de los trabajadores a tiempo parcial

El Estado debe reconocer su misión de promover positivamente el bienestar de todos los miembros de la sociedad y particularmente el de los más débiles y necesitados (Von Bismark)

En respuesta a las demandas sociales provocadas por los excesos de la revolución industrial, a fines del siglo XIX se instituyó en Alemania un modelo de seguridad social que incluyó una serie de leyes sobre seguros contra enfermedades, accidentes del trabajo, invalidez y vejez¹⁶⁷. Este sistema, ideado por Von Bismark para frenar la influencia de la ideología social demócrata, constituyó uno de los grandes modelos de la seguridad social en la medida que se basó en una relación bilateral en la que, a cambio de una contribución del trabajador, se le acordaba una indemnización en caso de sufrir

¹⁶⁷ La Ley sobre el Seguro de Enfermedad (*Krankenversicherungsgesetz*), de 15 de junio de 1883 que por primera vez codificó en una sola ley los principios del seguro de enfermedades; la ley de 1884 sobre Accidentes del Trabajo (*Unfallversicherungsgesetz –UVG*) que estableció que los patronos debían cotizar obligatoriamente a las cajas para cubrir la invalidez permanente provocada por los accidentes del trabajo; y la Ley de 1889 (*Gertz betreffend die Invaliditäts-und altersversicherung-LAVG*) que instituyó un primer sistema obligatorio de jubilación.

alguno de los riesgos cubiertos. Por su parte, el empleador debía aportar una contribución proporcional a la del asegurado existiendo, además, una proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones recibidas.

Otro de los hitos importantes en materia de seguridad social fue la constitución de la Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines (junio de 1941), a cargo de sir William Beveridge. A aquella se le encomendó la tarea de realizar un estudio comprensivo de todos los aspectos del seguro social y servicios afines, incluidas las indemnizaciones de los trabajadores, y una propuesta de soluciones. La Comisión Beveridge, junto con señalar las fortalezas y deficiencias del sistema inglés de seguros sociales, formuló un Plan de Seguridad Social integrado por seis principios fundamentales¹⁶⁸ que pugnaban por que las prestaciones se obtuvieran a cambio de contribuciones únicas y universales independientemente del nivel de renta del asegurado. Para lograr este objetivo, el financiamiento de aquellas debía provenir no sólo de cotizaciones sino que también de impuestos que implicaban solidaridad en el plano nacional y posibilitaban que los seguros abarcaran a todos, no solamente a quienes trabajaban en forma asalariada (INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM: pp.1-12). La influencia de estos planteamientos se advierte en la legislación comunitaria, en particular en la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, que establece la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato a los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo, así como también a las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida que estén

¹⁶⁸ Los seis principios fundamentales contemplados en el Plan de Seguridad Social son tasa fija de beneficio de subsistencia; tasa fija de contribución; unificación de la responsabilidad administrativa; adecuación de beneficios en cantidad y en tiempo; extensión o alcance del Seguro y clasificación de las personas.

destinadas a completar o bien a suplir aquellos¹⁶⁹. Aquella se aplica a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo y a los trabajadores inválidos. Si bien este concepto de “población activa” es muy amplio porque comprende a cualquier trabajador, incluido el que simplemente está buscando empleo, excluye a las personas que nunca fueron demandantes de empleo o que han dejado de serlo, sin que la causa se deba a la aparición de una las contingencias indicadas en la respectiva Directiva. Por consiguiente y según dictaminara TJCE en los casos Achterberg-te Riele y otros, asuntos acumulados 48/88, 106/88 y 107/88, de 27 de junio de 1989, Levin C-53/81, de 23 de marzo de 1982, Ruzius Wilbrink, C-102-88, de 13 de diciembre de 1989 y Nolte, C-317/93, de 14 de diciembre de 1995, no es posible admitir que una normativa nacional prive a un trabajador de la condición de persona activa por el solo hecho de que sus ingresos no le permitan subvenir a sus necesidades.

El modelo de Seguridad Social español, con fundamento en el artículo 41 CE, es de tipo contributivo, caracterizado por la necesidad de mantener una equivalencia entre las cotizaciones abonadas por los asegurados y los empleadores y el pago de las prestaciones en caso de sobrevenir uno de los riesgos cubiertos por dicho régimen (STJCE, asunto Nolte, C-317/93, de 14 de diciembre de 1995). Al ser dependiente de la actividad profesional, para devengar el derecho respectivo es imprescindible la previa cotización por tiempo suficiente; de esta forma y sin perjuicio de lo previsto por LGSS, los recursos para la financiación de la Seguridad Social estarán constituidos por las aportaciones progresivas del Estado –consignadas con carácter permanente en sus Presupuestos Generales y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten

¹⁶⁹ En materia de seguridad social también es importante la Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, Diario Oficial núm. L 225 de 12/08/1986 p. 0040 – 0042.

precisas por exigencia de la coyuntura— las cuotas de las personas obligadas, las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y cualesquiera otros ingresos. Cabe agregar que la acción protectora de la Seguridad Social se financia, en su modalidad contributiva, mediante la aplicación del conjunto de recursos antes citados sin perjuicio de las aportaciones finalistas que al efecto se prevean en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en tanto que las pensiones de invalidez y jubilación y las asignaciones económicas por hijo a cargo, en sus modalidades no contributivas, así como las asignaciones económicas por minusvalía señaladas en LGSS, se financian con cargo a las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

1.7.4.4 De la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial

En el modelo contributivo español las prestaciones sociales buscan la sustitución de la pérdida de rentas profesionales y su financiamiento también se mide por éstas. A modo de ilustración, la base reguladora de la prestación por causa de jubilación, modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 210 las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (artículo 162 LGSS). Sin embargo, la base reguladora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial es inferior a la de quienes laboran a tiempo completo toda vez que la reducción de jornada determina una menor retribución (STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013); por consiguiente, la idea de proporcionalidad afecta básicamente al binomio “prestación-remuneración” y su aplicación pura y simple, en función del tiempo trabajado, puede introducir un tratamiento peyorativo en todos los ámbitos de la acción protectora traducido en la disminución o supresión de prestaciones sociales sin una justificación objetiva y/o proporcional; de este modo se refuerza la discriminación de que es objeto el colectivo de trabajadores a tiempo parcial compuesto mayoritariamente por mujeres. La Disposición Adicional séptima regla 2ª, letra a) LGSS

graficaba lo expuesto al establecer que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarían exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización; este último era equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientos veintiséis horas anuales. Para causar derecho a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente se introdujo una regla específica correctora consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 que al ser aplicado sobre los días teóricos de cotización los aumentaba, facilitando así el acceso a la protección. No obstante, dado que la norma en cuestión computaba exclusivamente las horas trabajadas y no el período de cotización, es decir, los días trabajados, a la postre comportaba la doble aplicación –aunque corregida– del principio *pro rata temporis* porque exigía proporcionalmente un mayor tiempo de cotización para causar derecho a una pensión de jubilación, la cual era también proporcionalmente reducida en su salario regulador en razón de la parcialidad de la jornada. En definitiva se exigía una mayor carencia de cotización al trabajador a tiempo parcial, en inversa proporción a la reducción de su jornada, para acceder a una pensión que en su importe se veía directa y proporcionalmente reducida en razón de la parcialidad de jornada produciéndose de esta forma una “doble penalización” en la forma de cálculo de la prestación y en los requisitos de acceso a la misma. Y es que mientras el trabajador a tiempo completo acreditaba como cotizados el total de días naturales del período trabajado, el a jornada parcial lo hacía respecto de un número de días inferior determinado por el número de horas trabajadas; es decir, necesitaba trabajar más tiempo que uno a tiempo completo para cubrir la carencia exigida y, cuando la cumplía, su base reguladora era inferior que la de aquél en la misma actividad y categoría profesional (STC 253/2004, de 22 de diciembre). Por consiguiente y aun aplicando las reglas correctoras previstas en la referida disposición legal, la doble aplicación del principio *pro rata temporis* en el acceso a la prestación y en su cuantía comportaba que un trabajador a tiempo parcial debía

trabajar mucho más tiempo que uno a jornada completa para acreditar la carencia mínima necesaria que le diera acceso a una pensión de jubilación. A juicio del TJUE una normativa como la citada iba en perjuicio de los trabajadores a tiempo parcial que durante mucho tiempo habían efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, en la práctica se les privaba de toda posibilidad de obtener aquella¹⁷⁰. En plena armonía con el dictamen comunitario, TC sentenció que las medidas de corrección introducidas no conseguían evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados puesto que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que seguían experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo estaban desprovistos de una justificación razonable que guardara la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida¹⁷¹. La vulneración del principio de igualdad se producía no sólo por la ruptura de la proporcionalidad como aspecto del primero, sino que también por significar una discriminación indirecta por

¹⁷⁰ Una mujer que durante 18 años había trabajado como limpiadora de una comunidad de propietarios exclusivamente a jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir, el 10% de la jornada legal en España (40 horas semanales) presentó una solicitud ante el INSS para obtener una prestación de jubilación. Mediante resolución del referido organismo y, conforme lo dispuesto en el artículo 161.1.b) LGSS, le fue denegada por no reunir el período mínimo de cotización de quince años exigido para poder causar derecho a la pensión de jubilación. En efecto, se resolvió que la trabajadora debía acreditar un período mínimo de cotización de 4.931 días, pero dicha resolución le reconocía un período de cotización de 1.362 días repartidos del siguiente modo: 41 días a jornada completa, 336 días como asimilados, a causa de tres partos (3 x 112), 656 días, es decir, un período de 6.564 días computables al 10% en razón de la jornada parcial y 329 días por asimilación, resultado del factor de corrección (1,5) establecido en la disposición adicional séptima de la LGSS. STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno c. España, C- 385/11, apartados 9, 16 y 30.

¹⁷¹ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 8; 49/2005 y 50/2005, ambas de 14 de marzo; 61/2013, de 14 de marzo de 2013, FJ 6; 116/2013, de 20 de mayo, FJ 4, y 117/2013, de 20 de mayo, FJ 2.

razón de sexo habida consideración de que quienes laboran a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino.

Los razonamientos indicados motivaron la modificación de la LGSS y en su redacción actual la Disposición Adicional séptima regla 2ª, letra a)¹⁷² dispone que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a prestaciones sociales (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad paternidad) “[...] se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”. A tal efecto, se establece un coeficiente de parcialidad que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se aplica sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial; el resultado es el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período y al que se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

LGSS contempla una jubilación parcial, sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo, a favor de los trabajadores que hayan cumplido 65 años y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100; porcentajes que se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Asimismo y siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7

¹⁷² Redacción dada por las Leyes 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, 27/2001, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y Real Decreto- Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

LET, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los requisitos indicados en el artículo 166.2 LGSS¹⁷³. Nos parece necesario recordar, atendida la aparente contradicción con las reglas de acceso a la jubilación parcial del artículo 166.2 LGSS (solo los trabajadores “a tiempo completo” pueden acceder a la jubilación parcial) que el TJCE conoció de una reclamación de una trabajadora a la que el Arbeitsamt Reutlingen denegó su solicitud de acceso a jubilación parcial regulada en la *Bundesbeamtengesetz* (Ley federal de la función pública), de 14 de julio de 1953, por no cumplir el requisito establecido en la misma, a saber, haber trabajado a tiempo completo tres años en total durante los cinco años inmediatamente anteriores al período del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad¹⁷⁴. A juicio del Tribunal habida consideración de que el grupo de personas que habían

¹⁷³ La Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone en su artículo 12.6 y 7 que para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial en los términos establecidos en la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes deberá acordar con su empresa, conforme al artículo 166 de la ley en referencia, una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100 y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 75 por 100 cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el artículo 166.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial. La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador.

¹⁷⁴ El artículo 72 *ter* de la *Bundesbeamtengesetz* (Ley federal de la función pública; en lo sucesivo, «BBG»), de 14 de julio de 1953 (BGBl. I, p. 551), en su versión publicada el 31 de marzo de 1999 vigente hasta el 30 de junio de 2000, dispuso lo siguiente “Podrá concederse un empleo a tiempo parcial que represente la mitad de la jornada laboral normal a los funcionarios que perciben una retribución que así lo soliciten, siempre que dicha solicitud abarque el período anterior al comienzo de la jubilación, cuando el funcionario: 1. haya cumplido los 55 años; 2. haya trabajado, como mínimo, tres años en total a tiempo completo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial, 3. el empleo a tiempo parcial comience antes del 1 de agosto de 2004 y 4. no se oponga a ello ninguna exigencia imperativa del servicio [...]”.

trabajado principalmente a tiempo parcial durante el período indicado en la disposición controvertida y que por ello quedaba excluido del régimen que ésta establecía se componía mayoritariamente de mujeres, cabía concluir que el artículo 72.ter de la *Bundesbeamtengesetz* conducía de hecho a establecer una discriminación de las trabajadoras respecto de los trabajadores debiendo considerarse, en principio, contraria a los artículos 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207, salvo que la diferencia de trato entre ambas categorías de trabajadores se justificara por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. Cabe anotar, a este respecto, que el *Bundesanstalt für Arbeit* esgrimió como justificación de la norma en comento la neutralidad de costes y de las cargas relativas a la planificación y distribución del trabajo en la función pública alemana; argumentos que TJCE rechazó toda vez que aunque consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, ellas no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos. Por otra parte, admitir que consideraciones de índole presupuestaria puedan justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres que, de no existir aquéllas, constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres podría variar en el tiempo y en el espacio según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros (STJCE, asunto Steinicke, C-77/02, Rec. p. I-9066-9068, de 11 de septiembre de 2003, con remisión a las sentencias del mismo tribunal en asunto Roks y otros, C-343/92, de 24 de febrero de 1994 y Kutz-Bauer, C-187/00, de 20 de marzo de 2003).

1.7.4.5 *De la prestación por desempleo*

Para la contingencia de la pérdida del trabajo LGSS establece una prestación por desempleo que comprende los niveles contributivo y asistencial; mientras el primero

tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada el segundo, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en la normativa específica (artículos 204 y 215 LGSS). Para tener derecho a las prestaciones del nivel contributivo las personas protegidas deben reunir los requisitos legales, a saber, estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen; encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad a que se refiere el artículo 231 LGSS; no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa; estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente, y tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el apartado primero del artículo 210 LGSS dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (artículo 207 LGSS). Ahora bien, “[p]ara el supuesto de que en el momento de la situación legal de desempleo se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo, de forma temporal o definitiva, o se haya visto reducida la jornada ordinaria de trabajo”. Con el objeto de fijar el período de cotización exigible a estos últimos se les debe aplicar el coeficiente global de parcialidad antes analizado (Disp. Adicional séptima, regla 2.b) y c) LGSS).

La base reguladora de la prestación en análisis corresponde a las cotizaciones efectivamente realizadas en los 180 días anteriores a la baja en la empresa (artículo

211.1 LGSS) sin incluir ninguna salvedad por reducción de jornada por causa legal (por ejemplo, cuidado de hijos o guarda legal). Por consiguiente y de acuerdo al tenor literal de la norma en referencia no sería procedente que, para los efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo de una trabajadora que al momento del despido tenía reducida su jornada por causa legal (cuidado de hijo recién nacido), se consideren las bases de cotización correspondientes a la jornada completa no trabajada por la misma durante dicho período por razón de la guarda legal del menor. Éste ha sido el criterio de la jurisprudencia del TS que pronunciándose sobre una posible discriminación indirecta por razón de género en un caso como el expuesto, ha precisado que aquélla no se configura pues la norma en referencia otorga el mismo tratamiento jurídico a hombres y mujeres que han hecho uso de la facultad contemplada en el artículo 37.5 LET; además, un trato promocional o mejorador de lo realmente previsto en la Ley no puede ser directamente alegado ante la jurisdicción por tener aquél la condición de principio rector de la política social del Estado y realmente dirigido al legislador¹⁷⁵. A nuestro entender este razonamiento no se hace cargo de los efectos no deseados de la aplicación de normas aparentemente neutras como sería el artículo 211.1 LGSS, al tiempo que desconoce una realidad social estadísticamente comprobada, cual es que son las mujeres las que preferentemente asumen el cuidado del hogar y la familia y, por lo mismo, quienes mayoritariamente ejercen los derechos consagrados en el artículo 37.3.4.bis y 5 LET. En consecuencia los tribunales nacionales deberían otorgar el tratamiento promocional denegado, en armonía con los pronunciamientos comunitarios que han dictaminado que en el supuesto de que se infrinja la Directiva 76/207/CEE a través de disposiciones legales que introduzcan una discriminación contraria a ésta, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a impedir aquélla por todos los medios posibles y, en particular, aplicando las mencionadas disposiciones en favor de la categoría perjudicada sin tener que solicitar o

¹⁷⁵ STS, sala de lo social, 166/2004, de 23 de noviembre, que acoge lo resuelto en unificación de doctrina por medio de sentencias dictadas en Sala General del Tribunal Supremo en fecha 2 de noviembre de 2004 (Recursos 5013/03 y 5502/03).

esperar la supresión previa de tales disposiciones por el legislador, mediante la negociación colectiva o por cualquier otro procedimiento (SSTJCE, asuntos Kutz-Bauer, C-187/00, de 20 de marzo de 2003 y Steinicke, C-77/02, de 11 de septiembre de 2003).

En lo que dice relación con las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial o completo, ellas se determinan teniendo en cuenta el IPREM¹⁷⁶ calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante los últimos 180 días, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo en dicho período (artículo 211.3 LGSS). En el nivel asistencial el subsidio por desempleo será igual al 80 por 100 del IPREM vigente en cada momento pero, en el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, dicha cuantía se percibirá proporcionalmente a las horas previamente trabajadas en el supuesto de los parados que, reuniendo los requisitos legales¹⁷⁷, hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares o bien hayan agotado la prestación por desempleo, carezcan de responsabilidades familiares y sean mayores de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento. Asimismo, los parados que reúnan los requisitos legales, salvo el relativo al período de espera, se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, tienen derecho al subsidio por desempleo proporcionalmente a las horas

¹⁷⁶ El IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo, entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

¹⁷⁷ Estos requisitos, establecidos en el artículo 215.1.1 de la Ley General de Seguridad Social, son: figurar inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales y carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

trabajadas siempre que hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares o hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares. En fin, también tienen derecho al subsidio por desempleo en proporción a las horas trabajadas los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social (artículo 217 LGSS, con remisión al artículo 215 de la misma normativa). Cabe observar que el hecho que la cuantía del subsidio por desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial se perciba en proporción a las horas previamente trabajadas crea un trato desigual respecto de quienes laboran bajo esta modalidad contractual, situación de difícil justificación en una prestación cuya finalidad es proveer un mínimo de ingresos, más teniendo presente la insuficiencia de la protección de por sí.

1.7.4.6 La prestación económica por incapacidad temporal

La consideración de la jornada de trabajo también perjudica a los trabajadores a tiempo parcial a propósito de la percepción de la prestación económica por incapacidad temporal. El RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como de la jubilación parcial, establece que la base reguladora diaria de aquélla será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Ahora bien, el artículo 4.1.a) de la normativa en referencia dispone que la correspondiente prestación económica se abonará durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador a tiempo parcial permanezca en situación de incapacidad temporal en tanto que,

tratándose de los trabajadores a tiempo completo y según lo dispuesto por el artículo 131.2 LGSS aquella se abonará “[...] mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal [...]”. Queda así de manifiesto que la consideración del tiempo trabajado acarrea la desprotección del trabajador a jornada parcial ante una situación objetiva de necesidad lo que, por lo demás, significa un atentado al mandato del artículo 41 CE en relación con el artículo 14 de la misma Carta Fundamental y a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo. La diferenciación introducida por el RD 1131/2002 en el abono del subsidio por incapacidad temporal entre los trabajadores a tiempo completo y parcial recuerda aquella establecida en la Ley neerlandesa de 11 de diciembre de 1975, por la que se crea un régimen general de seguro contra la incapacidad laboral (*Algemene Arbeidsongeschiktheidswet*, en adelante AAW) que instituyó para todo asegurado, con excepción de las personas que anteriormente hubieran trabajado a tiempo parcial, el derecho a una prestación equivalente a un ingreso mínimo social y cuyo importe era independiente de los ingresos profesionales percibidos anteriormente por aquél. Únicamente la prestación concedida a los trabajadores a tiempo parcial se calculaba en función de los ingresos percibidos anteriormente por el asegurado que, como consecuencia de la aplicación del apartado 5 del artículo 10 de la AAW, correspondía necesariamente a una cuantía inferior a dicho ingreso mínimo social. Sobre el particular TJCE sentenció que el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, de 1978, debía ser interpretado en el sentido de que, en el marco de una legislación nacional que garantice un ingreso mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral transitoria, se opondría a que una disposición establezca una excepción a dicho principio en relación con asegurados que hayan trabajado precedentemente a tiempo parcial y limite el importe de la prestación al salario percibido con anterioridad, cuando dicha medida afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, a no ser que la referida legislación se justifique por factores objetivos y ajenos a cualquier tipo de discriminación por razón de sexo (STJCE, asunto Ruzius-Wilbrink, C-102/88, de 13 de diciembre de 1989).

CONCLUSIONES

Los cambios en la composición de los flujos migratorios operados desde la década de 2000 a la fecha y entre los que destaca su intensificación y feminización importan una serie de desafíos para la sociedad española receptora de los mismos. A lo largo de esta investigación se han destacado aquellos así como los problemas que presenta la normativa española al momento de dar respuesta y/o solución a los mismos, según se detalla a continuación:

1- En el contexto de una sociedad globalizada merced a los avances en los medios de transporte y comunicación los traslados territoriales dentro y fuera de las fronteras de los Estados en respuesta a motivaciones de distinta índole, por tiempos más o menos prolongados y, en no pocas ocasiones, con la intención del asentamiento definitivo en el país de destino, son un fenómeno instalado. Cabe agregar que entre los caracteres de los flujos migratorios operados en España los últimos decenios se inscriben la intensificación y feminización de los mismos (a partir de la década de 2000 ha invertido su pauta migratoria pasando de país de emigración a uno de inmigración con importante presencia femenina) lo que, por cierto, han tenido repercusión en el funcionamiento del mercado de trabajo.

2- La intensificación y feminización de los traslados territoriales plantea interesantes desafíos para el Estado español en orden a asegurar la vigencia de los derechos de igualdad y no discriminación y alcanzar la adecuada integración de un colectivo que presenta características particulares. En efecto, en virtud de las modificaciones en las estructuras familiares cada vez son más las mujeres que inician movimientos territoriales como primer proveedor de ingresos familiares con la expectativa de mejorar las condiciones y niveles de vida propios y del grupo familiar que ha quedado en el país de origen de la inmigración; el logro de este objetivo supone el desarrollo de actividades remuneradas en la sociedad de destino y, por lo mismo, es relevante que en

armonía con lo dispuesto por los instrumentos internacionales en el mercado de trabajo español se consagre el derecho de igualdad formal en sus vertientes positiva y negativa de no discriminación, así como también la sustancial, real o material en virtud de la cual el Estado debe remover todos los obstáculos que impiden el goce de aquella.

3- No obstante la consagración de los derechos de igualdad y no discriminación, la información proporcionada por la estadística revela que el colectivo femenino inmigrante enfrenta especiales dificultades en el acceso y permanencia en el mercado de trabajo: sus índices de empleabilidad son menores que los de la población autóctona y los varones inmigrantes al tiempo que son mayores sus índices de desempleo, se concentran en aquellos sectores de la actividad menos atractivos atendidas sus peores condiciones laborales y/o caracterizados por la precariedad y sensibilidad a los ciclos económicos (labores de atención del hogar y la familia, comercio, hostelería, entre otros) lo que, por cierto, repercute en el nivel de los salarios que en promedio son inferiores a los de la población autóctona y varones inmigrantes por trabajos del mismo valor. Por otra parte el examen de la jurisprudencia revela que las mujeres inmigrantes – especialmente en edad fértil– están más expuestas a las vicisitudes de la relación laboral con ocasión del ejercicio de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario y son víctimas preferentes del acoso sexual y por razón de sexo en razón de su situación de especial vulnerabilidad en la sociedad de acogida.

4- La especial vulnerabilidad del colectivo femenino inmigrantes tanto frente a la población autóctona de ambos sexos como a los varones inmigrantes y que se traduce en su frecuentemente débil posición económica y dependencia concomitante que conduce a un desigual reparto del poder en los diversos ámbitos sociales, es producto de un supuesto de doble discriminación por sexo y raza. La búsqueda de las causas de este fenómeno que pugna con el logro de la justicia y paz social remite, en primer lugar, a la noción de género que refiere a los papeles sociales construidos para mujeres y hombres asentados en base a su sexo y vinculados a las ideas preconcebidas, simples y

fuertemente arraigadas que determinan las conductas y actitudes que deben observar las personas en función del grupo de pertenencia en la sociedad; son los factores socio-culturales que sitúan a las mujeres como principales responsables del cuidado y atención del hogar y la familia y a los varones como proveedores y expertos en el mundo público. Los estereotipos de género, contruidos sobre la base de estas ideas, distinguen entre tareas femeninas propias del ámbito doméstico y con escasa valoración y reconocimiento sociales y masculinas, identificadas con la esfera extradoméstica que sí cuentan con reconocimiento social y otorgan poder.

5- La asignación de roles conforme a los estereotipos de género se reproduce en el mercado de trabajo asalariado de forma tal que toda ocupación relacionada con el desempeño de las tareas femeninas, con independencia del sexo de quien la realice, es subvalorada; la misma asignación de roles suele persuadir a los empleadores de contratar mujeres por el temor de que éstas interrumpan más frecuentemente su carrera profesional por motivos tales como el embarazo y parto, que organicen su jornada laboral de forma menos flexible para el cumplimiento de las tareas familiares o del hogar o, en fin, que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia. En definitiva, los estereotipos de género generan relaciones de poder desiguales limitativas de los derechos y legítimas expectativas de las mujeres.

6- La noción de género no es suficiente para explicar los tratos peyorativos y las especiales dificultades que deben enfrentar las mujeres en el acceso y permanencia en el mercado de trabajo y al momento de conciliar sus obligaciones familiares y profesionales; de ahí entonces que sea necesario incorporar en el análisis el sexo –factor inmanente o heredado con que una persona nace y referido a los rasgos fisiológicos y biológicos de ser macho o hembra– y la discriminación fundada en el mismo que se configurará tanto en los casos en que los tratamientos peyorativos se funden en la pura y simple constatación de aquél como en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, incidiendo exclusivamente

sobre los miembros de uno determinado (por ejemplo, el embarazo es un hecho biológico que afecta de forma exclusiva a las mujeres al derivar de una diferencia sexual no trasladable al hombre que nunca puede encontrarse en tal situación).

7- De conformidad con los instrumentos internacionales en la materia, la prohibición de diferenciaciones fundadas en el sexo obliga a adoptar, en el ámbito de las relaciones laborales, un criterio neutro predicable por igual del hombre y la mujer y a valorar individualmente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo pues, en el terreno de la aptitud profesional, lo decisivo es la naturaleza y características del trabajo efectivamente prestado y la consiguiente exigencia de aquellas cualificaciones estrictamente necesarias para desarrollar con eficacia la prestación convenida. La adopción de criterios neutros tiene particular relevancia en el ámbito retributivo en el que se evidencia claramente la discriminación y perjuicio de las mujeres particularmente cuando son inmigrantes; atendido que en la legislación española no hay ninguna referencia a aquellos, la negociación colectiva es la llamada a incorporarlos, así como también la perspectiva de género en los procesos de reclasificación profesional abiertos en la empresa y las medidas de acción positiva dirigidas a posibilitar que el modelo de empleabilidad no tenga un patrón preferentemente masculino.

8- La erradicación del fenómeno discriminatorio en los distintos espacios sociales y específicamente en el mercado de trabajo supone la modificación de los patrones socio-culturales imperantes mediante la formulación e implementación de políticas públicas y medidas de acción positiva tanto represivas (como las contenidas en los artículos 314 y siguientes del Código Penal español, LO 11/2003, de 29 de septiembre y 3/2007, de 22 de marzo) como preventivas –educativas, sanitarias, comunicacionales, entre otras– que mediante la formación, socialización y sensibilización de la población, aborden dicha tarea de manera integral. El objetivo indicado también puede alcanzarse mediante la adopción e implementación de mecanismos dirigidos a posibilitar la conciliación de las

obligaciones profesionales y familiares y es en este sentido que se postula la creación y fortalecimiento de servicios de atención a la infancia que, al externalizar la atención y cuidado de los hijos pequeños (caso de las guarderías infantiles), liberan a la mujer de la “doble jornada laboral” permitiéndole, entre otros, participar en los programas de capacitación que favorezcan su promoción y ascenso en el trabajo.

9- A efectos de no insistir en la discriminación del colectivo femenino que preferentemente hace uso de las medidas, planes e instrumentos destinados a la conciliación de las obligaciones familiares y profesionales es necesario que éstos no sólo se dirijan a las mujeres trabajadoras sino que a todos los destinatarios –padres y madres–; ello posibilita la erradicación de la discriminación por sexo y género al promover el cambio de roles y la co-responsabilidad entre los sexos en la asunción de las tareas domésticas de cuidado y atención de la familia y el hogar. Los recursos de tiempo o licencias parentales también se inscriben en la línea de lo planteado porque, junto con permitir la conciliación de la vida laboral y familiar, pueden fomentar la consecución de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la medida que faciliten la combinación del trabajo remunerado y doméstico y garanticen una mayor paridad entre hombres y mujeres en el uso del tiempo.

10- Entre los recursos de tiempo se contemplan la licencia parental de maternidad dirigida a proteger la salud de la madre y el bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento, la licencia de paternidad cuyo objetivo es facultar al padre para atender al nacimiento del nuevo hijo y a las responsabilidades familiares en los primeros días tras el parto y, en fin, las licencias parentales contempladas a favor de los trabajadores hombres o mujeres que por razones de guarda legal tienen a su cuidado directo algún menor de ocho años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeña una actividad retribuida y del o la trabajadora que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de

consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

11- La reducción de jornada consecuencia del ejercicio del derecho de una licencia parental trae aparejada una disminución proporcional de salario de al menos un octavo y hasta un máximo de la mitad de la duración de aquélla; situación que no ha sido considerada por el legislador al momento de establecer la base reguladora de la prestación por desempleo que, sin excepción, corresponde a las cotizaciones efectivamente realizadas en los 180 días anteriores a la baja en la empresa. En consecuencia, el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo de una trabajadora que al momento del despido tenía reducida su jornada por causa legal (cuidado de hijo recién nacido) no debe considerar las bases de cotización correspondientes a la jornada completa no trabajada por la misma durante dicho período por razón de la guarda legal del menor lo que, por cierto, da lugar a la configuración de un supuesto de discriminación indirecta habida consideración de que es el colectivo femenino el que preferentemente reduce su jornada por guarda legal de forma tal que normas aparentemente neutras en el hecho perjudican a un colectivo determinado (mujeres). Esta discriminación debiera ser solucionada por los órganos jurisdiccionales, aún antes de la modificación legal respectiva, o por la contratación colectiva a través de la entrega de un trato mejorador o promocional a las trabajadoras perjudicadas.

12- Asociados a los permisos parentales se contemplan supuestos de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo; uno de ellos es el riesgo durante el embarazo o lactancia natural de la trabajadora cuya verificación y percepción del subsidio correspondiente exigen la evaluación de las autoridades competentes y la identificación y/o certificación, por las mismas, de los potenciales riesgos asociados al embarazo o la lactancia natural. Ahora bien, si se constata la existencia de dichos riesgos el empleador debe adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de la

trabajadora o, en su defecto, proceder a la movilidad funcional ordinaria o extraordinaria que, dicho sea, implica un volumen de plantilla adecuado y requiere de cierta estabilidad en los contratos, condiciones no siempre concurrentes respecto del colectivo femenino que se concentra en el sector servicios y que de modo preferente presta sus servicios a jornada parcial caracterizada precisamente por la inestabilidad. Sólo cuando la adaptación o la movilidad no fueren posible procede la suspensión de contrato con reserva del puesto de trabajo que presenta una dificultad adicional, cual es que si las autoridades competentes para realizar la evaluación no identifican y/o certifican los potenciales riesgos y se niegan a reconocerla, corresponde a la trabajadora rebatir dicho pronunciamiento demostrando su existencia efectiva; tarea especialmente compleja que puede frustrar la obtención de una protección prevista en la ley solo extensible al género femenino por obedecer a motivos biológicos o fisiológicos, no jurídicos.

13- Otro de los mecanismos dirigidos a posibilitar la conciliación de las obligaciones familiares y profesionales es la excedencia laboral para el cuidado de hijos y de un familiar dependiente; aquella tiene una doble regulación pues durante el primer año incluye reserva de puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad de su vigencia en tanto que el resto del período que exceda al año, si bien es computable a efectos de la antigüedad en la empresa y da derecho al trabajador a asistir a cursos de formación profesional, no incluye la reserva del puesto de trabajo que queda referida “a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”. Asimismo, para alcanzar la finalidad antes expresada se contempla el trabajo a tiempo parcial definido como aquél en que “[...] se ha acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”; concebido como un modo flexible de organización del trabajo y del tiempo, no obstante acercarse bastante a las modalidades y condiciones del “normal” o “regular” se caracteriza por su precariedad en relación al

menor tiempo de trabajo que impacta, por ejemplo, las prestaciones por desempleo e incapacidad temporal.

14- En el trabajo a tiempo parcial la reducción del tiempo de trabajo puede ser cualquiera con tal que, en definitiva, la jornada resultante sea menor a la de un tercero de comparación –trabajador a tiempo completo comparable”– lo que entraña el riesgo de bajo la forma de un trabajo a tiempo parcial se encubra uno a jornada completa. Agrava la precariedad de esta modalidad contractual la institución de las horas complementarias –las adicionales a las horas pactadas en el contrato a tiempo parcial y cuya realización han acordado las partes– pues la ley nada dice acerca de su distribución y concreción mensual, semanal y diaria, al tiempo que su ejecución queda entregada a la voluntad unilateral del empleador, único facultado por ley para requerir su cumplimiento y que incluso puede acordar fórmulas tan abiertas e indeterminadas que permitan la modificación de la jornada al momento de la prestación de los servicios. De ahí la necesidad de que por ley o contratación colectiva se regule la distribución y concreción de aquellas para permitir a este colectivo el desarrollo de otras tareas a tiempo parcial, la planificación de actividades formativas y/o la atención de sus responsabilidades familiares. Lo señalado, sumado al hecho de que un porcentaje significativo de trabajadores a tiempo parcial son mujeres permite concluir que aquél encubre una discriminación indirecta por razón de sexo por cuanto surge como consecuencia de disposiciones, criterios y/o prácticas aparentemente neutros que se revelan como discriminatorios en sus efectos a la vista de afligir, en sí mismos, a un número mayor de personas de un mismo sexo –mujeres, en este caso– que a otras.

15- Los permisos parentales, reducción de jornada y excedencia para el cuidado de hijos y familiares dependientes son ejercidos de modo preferente por las mujeres, lo que se explicaría tanto por la asignación de roles conforme a los estereotipos de género como por las diferencias salariales existentes entre los sexos. En efecto, como el ejercicio de los derechos en comento trae aparejado una reducción del salario, si ambos padres

trabajan el impacto en el ingreso familiar es menor si aquella recae en la retribución percibida por la mujer (por regla general inferior a la del hombre). Además, dicho ejercicio suele motivar el despido de la trabajadora que resulta más perjudicada si aquel se verifica durante una excedencia precedida de una reducción de jornada por guarda legal de un menor pues el cálculo de la indemnización respectiva debe computarse teniendo en cuenta dicha jornada reducida. Cabe concluir que lejos de posibilitar la conciliación de las obligaciones profesionales y familiares y fomentar la corresponsabilidad de los padres en la asunción de las tareas domésticas, los derechos en análisis importan la configuración de un supuesto de discriminación indirecta por razón de género pues, en el hecho, el colectivo femenino resulta perjudicado por la aplicación de disposiciones aparentemente neutras. De ahí que la solución pase por, entre otros, mejorar las compensaciones económicas que aquellos traen aparejadas, articular adecuadamente los distintos tipos de licencias parentales y la flexibilidad con que pueden ser disfrutadas y consagrar garantías laborales y de retorno al puesto de trabajo tras su disfrute. No se debe olvidar que la igualdad significa que si la mujer elige la dedicación a un trabajo extradoméstico las condiciones en que éste se desarrolle han ser adecuadas a la función familiar e iguales a aquellas en las que se desenvuelve el trabajo del hombre; es decir, en ningún caso el derecho a fundar una familia debiera perjudicar el trabajo femenino extradoméstico.

16- La vulnerabilidad en los distintos espacios sociales es mayor en el caso del colectivo femenino inmigrante pues a su respecto se agrega otro factor de discriminación, a saber, la raza de forma tal que aquél es víctima de un supuesto de doble discriminación. La raza que incluye la segregación o separación histórica o heredable basada en unas claras diferencias genéticas, en la procedencia u origen nacional o étnico, el linaje y, a través del nacimiento, el origen o procedencia social, en el mercado de trabajo está referida a las diferencias existentes entre trabajadores de distintas razas con cualificaciones similares y se manifiesta, entre otros, en los menores niveles retributivos y la destinación de los inmigrantes a las ramas de la productividad menos atractivas,

más penosas y/o peligrosas (construcción, agricultura, cuidado y atención del hogar y la familia, entre otros). Cuando dichas labores pasan a ser considerados “de inmigrantes” tienden a seguir siéndolo indefinidamente lo que refuerza la estigmatización, discriminación y exclusión social de personas cuyo color, aspecto físico, indumentaria, acento o religión son distintos de los mayoritarios en el país de destino.

17- La discriminación del colectivo femenino inmigrante no puede entenderse sin la consideración de los cambios sociales, económicos y demográficos operados en España los últimos decenios y la combinación de los factores de atracción y rechazo presentes en las sociedades de origen y destino de los flujos migratorios. Efectivamente el crecimiento económico y los mejores niveles de educación de las mujeres españolas han favorecido su mayor participación en el mercado de trabajo asalariado; ahora bien, la dificultad de conciliar las obligaciones profesionales con la atención y cuidado del hogar y la familia motivó el aumento de la demanda por servicios auxiliares que la población autóctona no estuvo interesada en satisfacer dada la precariedad y poca cualificación de dichas labores. Por otra parte, el aludido crecimiento económico y el fortalecimiento del Estado bienestar hacen de España un destino atractivo para las inmigrantes que buscan en el mismo la posibilidad de mejorar sus condiciones vida y las de su grupo familiar; sin embargo, las condiciones impuestas para la entrada y permanencia en territorio español y la incorporación al mercado regular terminan por marginar al colectivo femenino inmigrante a la economía informal caracterizada por la precariedad, ausencia de protección y peores condiciones laborales.

18- La dualización de la inmigración conforme a la cual se distingue entre extranjeros regulares e irregulares dificulta la integración del colectivo inmigrante toda vez que respecto de los segundos no se consagran derechos tan fundamentales para el logro de tal fin como la protección frente a actos discriminatorios fundados en la pertenencia a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad y a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena. De hecho y salvo la excepciones contempladas

por la legislación el procedimiento de concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial se basa en la solicitud de cobertura de un puesto de trabajo vacante presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente junto con el contrato de trabajo ofrecido al trabajador residente en un tercer país. Este procedimiento, concordante con el principio de la política migratoria española según el cual la ordenación de los flujos migratorios laborales se realizará de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo, concibe la inmigración económica como un proyecto temporal en el que el inmigrante es un “trabajador invitado” bienvenido por un espacio de tiempo acotado en la medida que represente mano de obra necesaria atendida la situación nacional de empleo y no se hace cargo de la realidad de los flujos migratorios contemporáneos que pueden comprender períodos de tiempo más o menos largos e incluso el asentamiento definitivo en la sociedad de destino.

19- La exigencia de solvencia económica para la entrada y permanencia regular en territorio español no se hace cargo de la feminización de los flujos migratorios y los mayores obstáculos que, producto del supuesto de doble discriminación, enfrenta el colectivo femenino inmigrante en el acceso a los distintos espacios sociales de la sociedad de acogida, particularmente el laboral. De hecho, la discriminación de que son víctimas las inmigrantes les dificulta alcanzar la solvencia económica exigida y, como consecuencia, las condena a la irregularidad y economía informal. Todavía más, la condición de irregularidad les priva del derecho a la reagrupación familiar –de especial relevancia para el colectivo femenino inmigrante habida consideración de la feminización de los flujos migratorios– sindicado como uno de los factores esenciales para la integración al favorecer el disfrute de condiciones de vida dignas, otorgar una mayor estabilidad afectiva y personal y ayudar a minimizar la ruptura del extranjero con su entorno familiar en origen y los eventuales perjuicios que una separación prolongada pudiere ocasionar a todos los miembros del grupo familiar, particularmente los hijos

menores. De ahí entonces la necesidad de revisar y modificar la regulación de un derecho creado sobre la base de estándares masculinos.

20- El modelo inmigratorio español, al no ofrecer respuestas adecuadas a los requerimientos planteados por la intensificación y feminización de los traslados territoriales contemporáneos, contribuye a la configuración de supuestos de discriminación indirecta del colectivo femenino inmigrante. Efectivamente, margina a este colectivo a la economía informal o sumergida y le priva de derechos fundamentales para la debida integración en la sociedad española quedando así atrapado en un círculo vicioso pues su irregularidad le impide escapar de la misma. De ahí entonces la necesidad de buscar mecanismos que cautelando los intereses y derechos de la población autóctona y el adecuado funcionamiento del Estado bienestar, posibiliten que los traslados territoriales emprendidos por las mujeres sean una experiencia enriquecedora para la sociedad en su conjunto; a estos efectos las propuestas no se limitan a la modificación de la normativa sino que, además, a la consideración de las mujeres como una variable relevante en los movimientos territoriales y la implementación de políticas públicas y medidas de acción positiva que propicien la modificación de los estereotipos y prejuicios fuertemente arraigados en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, (2008), *Globalization: The Human Consequences*, Polity, Cambridge.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Riesgo Específico y Suspensión y Subsidio por Riesgo durante la Lactancia”. *Temas Laborales*, núm. 116, 2012. Disponible en file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-RiesgoEspecificoYSuspensionYSubsidioPorRiesgoDuran-4075783.pdf
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo, “Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación”, en *La Discriminación Racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, CERES, Barcelona, 2003.
- CAMPBELL BARR, Epsy, *Pobreza y exclusión de los pueblos y mujeres afrodescendientes*, 2005. Disponible en <http://www.movimientos.org2005>
- CASTLES, Stephen, “Comprendiendo la migración global: una perspectiva desde la transformación social”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 36, N°10, 2010.
- CAPPONI, Ricardo, “El hombre y la mujer”, en ERRÁZURIZ, Margarita María, (edit.), *Saber de ellas. Entre lo público y lo privado*, Aguilar Chilena de Ediciones S.A., Chile, 2006.
- CEA D’ANCONA, María Ángeles y VALLES MARTÍNEZ, Miguel, *Evolución del racismo y la xenofobia* (Informe 2011), Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, España, 2011.
- COLLINSON, S. (2009), “The Political Economy of Migration Processes: An Agenda for Migration Research and Analysis”, International Migration Institute, Oxford, IMI *Working Paper* N° 12. <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/wp12-collinson>.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Recomendación 84/635/CEE del Consejo*, de 13 de diciembre de 1984, D.O. núm. L 331 de 19 de diciembre de 1984, pp. 0034 – 0035.
- (1995): *Comunicación al Consejo Seguimiento del Consejo Europeo de Essen sobre el Empleo*, COM (95) 74 final, Bruselas, 08 de marzo de 1995.

- (1996): *Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros* (96/C 80/02). Diario Oficial N° C 080 de 18/03/1996 pp. 0002 – 0004.

- (2000): *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política Comunitaria de Migración*, COM (2000) 757 final. Bruselas, 22 de noviembre de 2000.

- (2003): *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Inmigración, Integración y Empleo*, COM (2003) 336 final. Bruselas, 3 de junio de 2003.

- (2006): *Comunicación sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*, COM (2006) 402 final, de 19 de julio de 2006.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2009): *Dictamen “Ampliar las medidas contra la discriminación más allá del mundo laboral. Necesidad de una directiva global contra la discriminación”*, de 17 de enero de 2008. DO núm. C 77/24.

COMITÉ DE LAS REGIONES, *Plan de política en materia de migración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración*. DO C 146, de 30 de junio de 2007, pp. 1- 9.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2009): *Dictamen sobre el tema Ampliar las medidas contra la discriminación más allá del mundo laboral. Necesidad de una directiva global contra la discriminación*. DO C 77 de 31 de marzo de 2009, pp. 102 -108.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2009): *Diario de Sesiones, IX Legislatura, núm. 395, sesión núm. 26, de 26 de octubre de 2009*.

CONSEJO DE EUROPA (1950): *Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. F-67075 Strasbourg cedex

- (1995): *Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales*, núm. 157, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1975) *Directiva 75/117/CE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se*

refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. D.O. de 19 de febrero de 1975.

- (1992): *Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia* (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). D.O. L 348 de 28 de noviembre de 1992.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (1996), *Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y las CE*. D.O. L 145 de 19 de junio de 1996.

- (1997): *Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*. D.O. L 14 de 20 de enero de 1998.

- (1997): *Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES*. D.O. de 20 de enero de 1998.

- (2000): *Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*. D.O. L 180 de 19 de julio de 2000.

- (2000): *Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. D.O. L 303 de 02/12/2000 pp. 0016 – 0022.

- (2002): *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*. Diario Oficial L 269 de 05 de octubre de 2002, pp. 0015 – 0020.

- (2002): *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*. D.O. L328, de 5 de diciembre de 2002.

- (2003): *Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar*. D.O. L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12 -18.

- (2006): *Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*. Diario Oficial L 204 de 26/07/2006, pp. 0023 – 0036.

CONSEJO DE MINISTROS (1994): *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes (PISI)*, de 2 de diciembre de 1994.

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1990

DE LUCAS, Javier, “La inmigración como res política”. Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>

DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2000.

ESCOBEDO, Anna, “Las licencias parentales y la atención infantil de los menores de tres años como ejemplo de las nuevas tendencias de política social europea”, en FLAQUER, Ll. (ed.) *Políticas Familiares en la Unión Europea*, Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE (2009): *Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental. Guía de interpretación de la CES*, Bruselas, 18 de junio de 2009.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Atlante, México, 1944.

FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES (2006): *Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Borrador de Real Decreto sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, FISI/20061D1. Aprobado en el Pleno Extraordinario celebrado el día 19 de julio de 2006.

FREEMAN, R., “El progreso económico de los negros desde 1964”, en FREEMAN, R., *Mercado de trabajo en acción. Ensayos sobre economía empírica*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *La seguridad y la protección social en México*, UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2014): *Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos - NESI*. Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/nesi/nesi.php

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta Continua de Hogares 2013-2014*. Disponible en http://www.ine.es/inebaseDYN/ech30274/ech_inicio.htm

INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Evolución de la familia en Europa*, 2006.

MACIONIS, John J., y PLUMMER, Ken, *Sociología*, Edit. PEARSON Prentice Hall, España, 2005.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MCGINNITY, F., “The Labour-force Participation of de Wifes of Unemployed Men Comparing Britain and West Germany Using Longitudinal Data”, *European Sociological Review*, 18 (4), 473-488, 2002.

MINISTERIO DEL INTERIOR (2001), *Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración*. B.O.E. núm. 101, de 27 de abril de 2001.

MINISTERIO DEL EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2014): *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*. Secretaría de Estado de Empleo.

MINISTERIO DEL TRABAJO E INMIGRACIÓN, (2009): *Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en población extranjera inmigrante 2009-2012*, de 09 de enero de 2009.

- (2011): *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, <http://publicacionesoficiales.boe.es>

MINISTERIO DEL TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2003-2006*.

MOYA, David (2011): “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, en VIDAL FUEYO, María del Camino (coordinadora), *La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

NEVADO FERNÁNDEZ, María José (2005): “El derecho a la igualdad y no discriminación por género en las relaciones de trabajo”, ediciones Universidad Salamanca, 1º edición, noviembre de 2005.

- (2010): “Tiempo de trabajo y género”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, Coordinador, *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, ISBN: 978-84-96889-65-1, pp. 241 - 254.

- (2011): “Planes de igualdad: Diagnóstico actual, Diseño de futuro”, en MARTIN HERNÁNDEZ, María Luisa y SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (dir.), *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva: estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*, ISBN 978-84-15000-38-9, pp. 221 - 238.

- (2012): “La negociación colectiva como medio para la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones de trabajo a partir de la Ley Orgánica 3/2007”, en PALOMEQUE LÓPEZ Manuel (ed.), *La igualdad efectiva de mujeres y hombres: un estudio sobre el impacto institucional de la aplicación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el sistema español de relaciones laborales y de protección social (2008-2011)*, ISBN: 978-84-939756-7-8, pp. 79 - 123.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1959): *Declaración de los Derechos del Niño* (A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, Doc. A/4354 (1959).

- (1965): *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

- (1966): *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- (1995): *IV Conferencia Mundial de 1995: Tendencias de las Naciones Unidas relativas al contingente internacional total de migrantes: La revisión de 2008*, en <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1>

- (1995): *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing*, 05 a 15 de septiembre de 1995.

- (2000): *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Adoptado en Palermo, Italia, en 2000. Entrada en vigencia el 25 de diciembre de 2003.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1957): *Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107). Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes*. (Entrada en vigor: 02 de junio de 1959).

- (1975): *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978).

- (1989): *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Entrada en vigor: 05 septiembre 1991).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2005), *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*, 2005.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *International Migration Outlook 2014. Special Focus: Mobilising Migrants' Skills for Economic Success*. ISBN 978-92-64-22352-3.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, 20ª edición, 2012.

PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 11 de junio de 1986 sobre las agresiones a la mujer*. D.O. C 176, de 14 de julio de 1986, pp. 73 - 83.

- (1996): *Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros* (96/C 80/02). Diario Oficial N° C 080 de 18/03/1996 pp. 0002 – 0004.

- (2006): *Resolución del Parlamento Europeo sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea* (2006/2010(INI)), de 24 de octubre de 2006 – Estrasburgo. P6_TA(2006)0437 A6-0307/2006.

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO, (2008): *Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*. D.O. L348, de 24 de diciembre de 2008, pp. 98 -107.

- (2009): *Directiva 2009/52/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado*. D.O. L 168, de 30 de junio de 2009, pp. 24 - 32.

- (2010): *Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES y que derogó la Directiva 96/34/CE*. D.O. de la Unión Europea L 68/13, de 18 de marzo de 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, España, 2007.

PETZOLD-PERNIA, HERMANN, “La Igualdad como Fundamento de los Derechos de la Persona Humana”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 11, Edeval, Valparaíso, 1993.

PORRAS RAMÍREZ, José María, *Libertad Religiosa, Laicidad y Cooperación con las Confesiones en el Estado Democrático de Derecho*, Thomson Civitas, España, 2006.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo Económico de Cultura, México, 2011.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *El Derecho Fundamental a No Ser Discriminado por Razón de Sexo*, McGraw-Hill, Madrid, España, 1995.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación racial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Pensamiento Constitucional* N° 17, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, Ariel, Barcelona, España, 1995.

SALDAÑA VALDERAS, Eva, (2004): *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*. Cádiz: Monografías de temas laborales, Melgablum, S.L., 2004.

SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, “Estado laico y sociedad multicultural”, en REQUERO IBÁÑEZ, J. L. y ORTEGA MARTÍN, E, Directores, *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

SARASA URDIOLA, Sebastián, *Equidad distributiva en el acceso a los recursos de tiempo en España: el caso de las excedencias para atender a la primera infancia y a familiares dependientes*, Universitat Pompeu Fabra, 2007.

SARTORI, Giovanni, *Teoría de la Democracia*, Alianza editorial S.A., Madrid, España, 1988.

SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, editorial Taurus, Madrid, 2001.

SASTRE IBARRECHE, Rafael, “La acción positiva de las mujeres en el Derecho Comunitario”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6. Iustel, 2004.

SCOTT, Joan, *Gender and the Politics of History*, Nueva York, Columbia University Press, 1988

TORTUERO PLAZA, José Luis, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral (Del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo a las PYMES)*, Thomson CIVITAS, 2006, Navarra, España.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 325 de 24 de diciembre de 2002.

Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, DO núm. C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 13 - 390.

VALENZUELA, M.E. y REINECKE, G., 2000, “La calidad de empleo: un enfoque de género”, en *¿Más y mejores empleos para las mujeres? La experiencia de los países del MERCOSUR y Chile*, Editores M.E. Valenzuela y G. Reinecke, OIT, Diciembre, 2000, Santiago, Chile.

VICENTE TORRADO, Trinidad, “Importancia de los Flujos Migratorios de Mujeres”, en BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Cristina, *Migraciones: nuevas modalidades en un mundo en movimiento*, 2006, ISBN 84-7658-790-2, pp. 206 - 236.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- Constitución española, aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978.
- Código Penal y Legislación complementaria, edición actualizada a 23 de septiembre de 2015.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, pp. 32590 - 32611.
- Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. B.O.E. núm. 118, de 17 de mayo de 1997.
- Ley 39/1999, de 05 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999, pp. 38934 - 38942.
- Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001, páginas 24890 - 24902.

- Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. BOE núm. 52, de 01 de marzo de 2014, pp. 19294 -19338.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. B.O.E. núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, pp. 42166 - 42197.
- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, B.O.E. Nº 324, de 30 de septiembre de 2003.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. B.O.E. núm. 71, de 23 de mayo de 2007, pp. 12611-12645.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100224 a 100308
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100309 - 100336.
- Real Decreto Legislativo 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad. BOE de 28 de noviembre.
- Reglamento de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.
- Real Decreto Ley 5/2001, de 02 de marzo, de 02 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

- Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como de la jubilación parcial. BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2002, pp. 41643 - 41650.
- Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013, pp. 103148 - 103162.