

EMPLEO PRIVADO E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO TRAS LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES¹

Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
de la Universidad Complutense de Madrid
sanuran@der.ucm.es

RESUMEN

El trabajo se centra en la vertiente colectiva y material del principio de igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo privado. Desde esta perspectiva, y con fundamento en la integración del género en las políticas sociolaborales, se analizan sucesivamente los siguientes aspectos: garantías o mecanismos de tutela anti-discriminatoria, en particular, la acción afirmativa en el empleo y en la ocupación y la efectividad de la igualdad a través de las medidas públicas de integración laboral de la mujer.

Palabras clave: Derecho del Trabajo, igualdad y no discriminación, acción positiva en el empleo, empleo femenino.

ABSTRACT

The work is focused on the collective and material element of the principle of equal employment opportunity. From this perspective, and based upon gender integration in socio-political policies, the following aspects are successively analysed: anti-discriminatory protection guarantees or mechanisms, in particular, affirmative action in employment and the effectiveness of equality through public policies of female labour integration.

Keywords: Employment Law, equality and non-discrimination, affirmative action in employment, female employment.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel fokussiert seine Betrachtung auf den kollektivumfassend wirksamen und inhaltlichen Aspekt des Prinzips der Chancengleichheit im Bereich des privaten Beschäftigungssektors. Unter dieser Perspektive und gründend im Grundsatz der Integration der Geschlechter in die Sozial- und Arbeitspolitiken, werden nach und nach die folgenden Garanten oder Mechanismen zur Vorbeugung von diskriminie-

¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. En el texto se identifica con las siglas LOI.

renden Arbeitsverhältnissen untersucht, insbesondere im Bereich der Frauenförderung bei der Anstellung und bei der Beschäftigung sowie die Wirksamkeit der auf Gleichheit abzielenden öffentlichen Arbeitsintegrationsmaßnahmen von Frauen.

Schlüsselwörter: Arbeitsrecht, Gleichheit und Nicht-Diskriminierung, Arbeitsförderung, Weibliche Beschäftigung.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS SOCIOLABORALES.—3. IGUALDAD Y ORGANIZACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PRIVADO.—4. LA «ACCIÓN AFIRMATIVA» EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN.—5. EFECTIVIDAD DE LA IGUALDAD Y COMPLEMENTARIEDAD DE LAS MEDIDAS PROMOCIONALES.—6. EMPLEO E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO EN LA LOI.—6.1. Medidas públicas de integración laboral de la mujer.—6.2. La LOI como «Ley de Reforma Laboral» y «Ley de Empleo Femenino»

1. INTRODUCCIÓN

De las dimensiones constitucionales de la igualdad (valor superior del ordenamiento jurídico, principio jurídico y derecho fundamental), la LOI se sitúa prioritariamente en la órbita del art. 9.2 CE. Es cierto que su art. 1 menciona, como uno de los objetivos de la Ley, hacer efectivo el «derecho de igualdad de trato» entre mujeres y hombres, formulado posteriormente en su art. 3 como derecho fundamental subjetivo, formal y jurídico de cada sujeto a la igualdad de trato y no discriminación, garantizando, mediante su protección, «la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Pero también lo es que la parte troncal de la LOI tiene como finalidad principal la materialización de la que denomina «igualdad de oportunidades», vertiente o aspecto del principio de igualdad que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.2 CE, conecta con su dimensión colectiva, material o real, exigiendo que los poderes públicos velen por la consecución de una igualdad real y efectiva de las personas y los grupos en el goce de los derechos sociales procurando la mejora de las condiciones de vida de los más desfavorecidos.

Esta vertiente colectiva y material de la igualdad conecta en la LOI con uno de los factores o circunstancias proscritas constitucionalmente para diferenciar a los sujetos (el sexo) y con un principio, el de transversalidad (art. 15 LOI), que exige que todas las actuaciones de los poderes

públicos asuman la igualdad por razón de sexo como elemento constitutivo en el marco de la cohesión económica, social y territorial en el Estado español. Pretende el legislador así dar sentido a la que puede denominarse «política pública de igualdad», entendida como «conjunto de actuaciones o medidas, incluidas las normativas, desarrolladas por los poderes públicos en el ámbito de sus competencias constitucionales para lograr la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales», que tendría como finalidad la estrategia de conjunto de las distintas Administraciones Públicas y se materializará en las diferentes políticas públicas para la igualdad, identificadas con muy diferentes objetivos sociales, fundamentalmente de carácter sectorial, que requieren de la constatación de las desventajas de hecho que en el campo de que se trate padece la mujer para establecer la estrategia y las líneas de actuación que se requiera al respecto.

Si de derechos sociales hablamos, sin duda bien puede afirmarse que no hay derecho social más genuino que aquel que se refiere al desarrollo efectivo de una actividad productiva con la finalidad de lograr los medios de subsistencia dignos para la persona y su familia. Y en su goce y satisfacción se requiere la actuación de los poderes públicos para lograr que las desigualdades de hecho de la mujer en este ámbito sustancial de la vida social y económica —constatadas hace tiempo por las instituciones comunitarias— sean erradicadas o, cuando menos, corregidas a través de la promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo privado, entendido este término en la LOI (art. 5) en sentido muy amplio, comprensivo del «acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, la formación profesional, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas».

Constatadas las desigualdades de hecho que en este ámbito de la vida social y económica padecen las mujeres (alguna de las cuales recoge ahora el legislador en el art. 14.2 LOI), la igualdad de oportunidades exigirá de la adopción de las medidas promocionales necesarias para su consecución y, con ella, la plena satisfacción del que constitucionalmente se denomina «derecho al trabajo».

Si bien la LOI no incluye en su Título II, dedicado a las «políticas públicas para la igualdad», la orientada a la garantía y promoción de la igualdad por razón de sexo a través de la satisfacción de una necesidad social y eco-

nómica básica de los ciudadanos, esto es, la que se refiere al desarrollo efectivo de una actividad productiva, trabajo, empleo u ocupación, ello no quiere decir, sino todo lo contrario, que no haya en la Ley previsiones específicas o concretas sobre la que cabe calificar como política social trascendental. Como dice su Exposición de Motivos y reitera en sus arts. 1 y 5, el legislador presta especial atención a la satisfacción de la igualdad de género en el ámbito específico del empleo privado o trabajo en sentido técnico-jurídico, objeto de una relación jurídico-laboral, dedicando a esta materia su Título IV, bajo la rúbrica «El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades», al que hay que unir las modificaciones de normas de nuestro ordenamiento jurídico tan importantes como el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Empleo.

2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS SOCIOLABORALES

Comenzando con las expresiones que utiliza el legislador, «derecho al trabajo», ha de indicarse que la que usa el texto constitucional (art. 35 CE) no tiene en la dogmática jurídica un significado unívoco, oscilando entre quienes lo conciben como una mera declaración programática; quienes, en el polo opuesto, lo definen como derecho de crédito subjetivo y perfecto, y quienes, en una posición intermedia, lo identifican como derecho social, de doble faz individual y colectiva, conectada esta última con la política de empleo (art. 40 CE), es decir, con la necesaria actuación de los poderes públicos para que los titulares lo vean satisfecho². Desde esta perspectiva última se analiza en este estudio.

Si de la integración de la igualdad de trato y de oportunidades de la mujer en el empleo se trata, el análisis del contenido del Título IV —en conexión con las modificaciones normativas incluidas en sus numerosas disposiciones adicionales y con otras normas simultáneamente vigentes a la LOI— permite identificar el que el legislador considera que es un rasgo básico de una política pública para la igualdad en el ámbito del empleo y sus contenidos sustanciales. El rasgo básico es la promoción y satisfacción de la igualdad de oportunidades por razón de sexo en el derecho social al trabajo, que requiere, en los «términos previstos en la normativa apli-

² Sobre los caracteres y estructura del derecho al trabajo, *vid.*, entre otros, V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, «Derecho al trabajo y políticas de empleo», en A. V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 1303 y ss.

ble», su concreción en el acceso al empleo, en la formación profesional, en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido (art. 5 LOI). Y sus contenidos, descritos en el art. 1 LOI y traducidos aquí en el ámbito del empleo y la ocupación, serían los siguientes:

a) Actuaciones concretas y específicas de los poderes públicos en este ámbito, integrando así la dimensión colectiva de los derechos sociolaborales y que definirían la que podríamos denominar «política pública para la igualdad en el ámbito sociolaboral», presidida por los criterios generales de actuación de los poderes públicos que enumera el art. 14 LOI (entre otros, protección de la maternidad, medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar) y los que, con carácter específico, concretan los preceptos de su Títulos IV («Derecho al trabajo en igualdad de oportunidades») y V («Principio de igualdad en el empleo público»).

Con referencia aquí exclusiva a los criterios que la LOI impone en el ámbito sociolaboral, la actuación de los poderes públicos en el empleo privado requiere de los que la Ley denomina «Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres» (art. 42), contenido de los cuales, al menos, deben ser, se dice, «las políticas de empleo» y los Programas de inserción laboral activa y de formación profesional.

b) Implicación efectiva de los empresarios tanto en el respeto al derecho individual de los trabajadores a la igualdad de trato y no discriminación como en la adopción de medidas para evitar la discriminación de las mujeres que quieren acceder a un empleo o conservar el que ya disfrutan, al margen del régimen jurídico aplicable a su prestación de servicios. Lo que, en una primera aproximación, se traducirá en obligación legal de satisfacción individual del derecho al trabajo/empleo, garantizando y promoviendo la igualdad efectiva de la mujer en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, y, en consecuencia, en el reconocimiento de derechos individuales «en este ámbito de la vida», reflejo del de igualdad y no discriminación.

Sin perjuicio de las singularidades que en este aspecto presenten, respectivamente, el sector privado y el sector público, la LOI opta por una regulación prácticamente idéntica de las que describe como medidas «comunes» de promoción de igualdad, a saber, los planes de igualdad (arts. 45 a 47, para los empresarios privados, y art. 64, para la Administración General del Estado), y las específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo (art. 48, para los empresarios pri-

vados, y art. 62, para la Administración General del Estado, que la LOI concreta en un «Protocolo de actuación»).

Desde la perspectiva de los derechos individuales conectados al de igualdad de trato y de oportunidades por razón de sexo, tal vez la manifestación legal más destacable es la tantas veces citada en la LOI³ conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que se materializa en el reconocimiento de un «derecho de conciliación» a los sujetos que prestan servicios por cuenta ajena, completando, en unos casos, añadiendo, en otros, modificando, en otros, las medidas de carácter normativo que en 1999, con finalidad también integradora, dispuso la LCVFL.

Téngase en cuenta, como reflexión general, que el «derecho de conciliación» se concibe en la LOI con dos perspectivas diferentes porque, a nuestro juicio, dos bienes jurídicos independientes se pretenden garantizar. Uno, el de los propios familiares de los trabajadores y empleados a que éstos puedan atenderlos responsablemente sin que tengan que optar entre trabajar y cuidar de ellos (de ahí que, desde esta perspectiva, sea un derecho cuyo titular, en el ámbito del empleo, sea el trabajador o empleado que tenga esas responsabilidades familiares, con independencia de su sexo); otro, el de la mujer trabajadora y empleada a no ser discriminada en su ejercicio, que requerirá de medidas efectivas que equilibren su protección exclusiva en atención a su condición biológica (embarazo, parto y lactancia) con aquellas otras que contribuyan a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre las mujeres y los hombres.

c) Garantía y promoción de ese derecho por los interlocutores sociales o agentes sociales a través de los instrumentos jurídicos que ponen a su disposición las normas internacionales, comunitarias y nacionales, fundamentalmente la negociación colectiva como derecho de los trabajadores, advirtiendo que, a nuestro juicio, la contribución más decidida del legislador en la LOI sea que este derecho, el de igualdad, se garantice efectivamente por la negociación colectiva, previendo al respecto diversas medidas,

³ Entre otros, *vid.* art. 14, que lo incluye entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos y nosotros definimos como rasgos sustanciales de la «política pública de igualdad»; art. 42, que lo identifica como derecho de los trabajadores y las trabajadoras; art. 46, que lo contempla como una de las materias que pueden contener los planes de igualdad de las empresas; art. 51, que lo incluye entre los criterios generales de actuación de las Administraciones públicas territoriales en el ámbito sociolaboral del empleo público; arts. 56, 57, 58, 59 y 60, relativos a las medidas de igualdad en el empleo público para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella; arts. 65 y 66, sobre aplicación de las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones Públicas a, respectivamente, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

algunas de ellas de claro carácter obligatorio, tales como el deber de negociar con los representantes de los trabajadores/empleados, medidas de promoción de la igualdad y, en su caso, «planes de igualdad» de las empresas (art. 45), y el deber de negociar con aquéllos las medidas dirigidas a la prevención y tutela del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 48).

3. IGUALDAD Y ORGANIZACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PRIVADO

Ha de tenerse en cuenta que el trabajo de las personas que prestan servicios por cuenta ajena es un factor que contribuye a la consecución del interés particular de los empresarios, que, en el marco de una economía de mercado, se refleja en la obtención de una rentabilidad económica (y no, como ocurre en el ámbito del empleo público, la consecución del interés general o satisfacción de un servicio público que presta la Administración Pública); que a este objetivo responde el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE), y que el mismo se refleja en la política de personal de sus organizaciones, porque así como la eficacia de la Administración Pública no se mide en términos económicos —y, en consecuencia, no se somete a los requerimientos del mercado—⁴, sino por el mayor beneficio social alcanzado como consecuencia de la prestación de un servicio público determinado, la libertad de empresa permite que el empresario optimice sus recursos humanos para lograr la mayor rentabilidad económica de acuerdo con los requerimientos del mercado, nacional e internacional, en el que actúa en términos de competencia y competitividad.

Si ésta es la concepción que tiene el empleo en el sector privado de la actividad productiva, representando, como se ha dicho, un factor consustancial de la rentabilidad económica de las empresas, las exigencias del Estado social en materia de empleo, trabajo y ocupación requieren de la intervención de los poderes públicos para propiciar una situación económica que posibilite la efectiva adquisición o conservación de un puesto de trabajo en un mercado, el del trabajo, que ha de adaptarse continuamente a los cambios económicos. Ese presupuesto económico indispensable

⁴ Sin perjuicio de que la planificación de los recursos humanos en la Administración Pública tenga como objetivo, además, el de contribuir a la consecución de la «eficiencia» en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 EBEP.

para el ejercicio del derecho al trabajo⁵ es el que las normas comunitarias identifican con un alto nivel de empleo (art. 2 TCE), la Constitución Española con el pleno empleo (art. 40)⁶ y la Ley de Empleo (art. 2) con el pleno empleo de calidad, que exige de los poderes públicos (comunitarios y nacionales) unas directrices generales y unos planes y programas para equilibrar, cuantitativa y cualitativamente, los elementos del mercado de trabajo (oferta y demanda de empleo), porque, sencillamente, en este sector quien crea empleo y contrata es el empresario, que establece sus propios criterios para la selección y contratación de sus trabajadores y para la promoción laboral y profesional en su empresa.

Las directrices socioeconómicas del empleo se han de reflejar en la adopción de medidas de muy diverso signo, económico-financieras, normativas e institucionales, para equilibrar en cada momento dos derechos constitucionales, el de los empresarios a la libertad de empresa y el de los trabajadores a un trabajo, empleo u ocupación, que, desde la perspectiva aquí analizada, refuerza la no discriminación en el empleo, en general, y la interdicción de la vinculada al sexo, en particular. Derecho al trabajo y derecho a la no discriminación que legitiman tanto el control de la actuación de los empresarios en la contratación de trabajadores y en la eventual supresión de puestos de trabajo o extinciones de contratos de trabajo como la adopción de medidas de fomento del empleo de trabajadores con especiales dificultades o desventajas en el mercado de trabajo. Teniendo en cuenta que un exceso de cargas empresariales pudiera redundar en perjuicio de los trabajadores, disuadiendo de su contratación, también son necesarias medidas promocionales, dirigidas al empresario, que contribuyan a la contratación efectiva y mantenimiento de los puestos de trabajo.

4. LA «ACCIÓN AFIRMATIVA» EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

Enlazan las reflexiones anteriores, y sin perjuicio de lo que después se describe como «política de empleo femenino», con las garantías o mecanismos de tutela de la no discriminación por razón de sexo o igualdad efectiva

⁵ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 15.^a ed., Tecnos, 2006, p. 145.

⁶ Sobre la conexión entre los arts. 35 y 40 de la CE, MARTÍNEZ ABASCAL, *op. cit.*, pp. 1341 y ss.

entre mujeres y hombres en este ámbito de la vida social y económica. Nos referimos a si es admisible la adopción de medidas que dispensen un trato desigual de las mujeres en el empleo y la ocupación como instrumentos de tutela antidiscriminatoria, orientadas a alcanzar su igualdad real o material, *corrigiendo* sus desventajas o desigualdades de hecho padecidas y constatadas en ese ámbito de su vida, descritas en los sucesivos documentos comunitarios, asumidas por los poderes públicos en los Planes de empleo y de igualdad de oportunidades, y ahora admitidas como estructurales por la LOI, que en su art. 14 cita, entre otras desventajas, la segregación laboral, diferencias retributivas, maternidad y asunción de responsabilidades familiares.

Si la LOI, más que una ley de igualdad, es una *ley de desigualdad* o de acción positiva a favor de la mujer⁷ que tiene por finalidad principal otorgar cobertura a las medidas de fomento de la igualdad real y efectiva de la mujer, y sin perjuicio del posterior análisis pormenorizado de las medidas específicas que a su favor introduce la norma, la acción positiva en el empleo no sería sino el reflejo de la que, con carácter general, admite y describe su art. 11; desarrolla para las políticas públicas su art. 14; se acepta como criterio básico de actuación de las Administraciones Públicas en el ámbito del empleo público (art. 51); se incluye en los programas de empleabilidad de las mujeres (art. 42), y se permite que las adopte el empresario privado en los términos previstos en las normas que modifica la LOI (en particular, por ejemplo, art. 17.4 ET).

La cuestión no es tanto si cabe, en general, la adopción de medidas de fomento y protección de la igualdad como si aquellas que representan sobre éstas un salto cualitativo —las que dispensan un trato desigual para alcanzar la igualdad real y material— pueden o no tener cobertura constitucional. El legislador opta por atribuir un objetivo amplio a estas medidas (corrección de desigualdades de la mujer, dice su art. 11), lo que, conectado a los criterios de legitimación de las mismas (temporalidad, proporcionalidad y razonabilidad), puede ser interpretado en el sentido de la admisión legal de las dos categorías de acciones positivas, las moderadas y las de discriminación inversa. Si esto es así, y para cualesquiera de los ámbitos de la vida social, económica y cultural, los poderes públicos podrían imponer tanto medidas que tengan como objetivo directo la igualdad de oportunidades o igualdad efectiva en el punto de partida —aquellas, por tanto, que

⁷ Como bien ha expresado el profesor MONTOYA MELGAR, la LOI encierra «una actitud *pro muliere* cuya finalidad fundamental es la de corregir las situaciones de desigualdad o inferioridad que históricamente viene padeciendo la mujer en relación con el hombre» [A. MONTOYA MELGAR (dir.), *Igualdad de mujeres y hombres*, Madrid, Civitas, 2007, p. 59].

aspiran a remover los obstáculos que dificultan la igualdad— como aquellas cuyo objetivo sea la consecución de la igualdad estricta de resultado, condicionadas, eso sí, a que se constaten desigualdades de hecho o desventajas de las mujeres derivadas de su «sexo», como si, diríamos, la mujer tuviese una condición natural o estructural inferior a la del varón.

El juicio de constitucionalidad de este tipo de acciones positivas en el ámbito del empleo y la ocupación exige, a nuestro juicio, desligar claramente las desventajas que la mujer sufre en este ámbito por el hecho de ser mujer de aquellas otras que tienen que ver con circunstancias ligadas a su condición biológica (maternidad, embarazo y lactancia) o a factores o roles sociales que históricamente se le han atribuido (el cuidado de hijos y familiares). Mientras estas segundas legitiman una intervención decidida de los poderes públicos para que la mujer no tenga que optar entre la maternidad y su trabajo o para que la responsabilidad familiar sea asumida también por el trabajador varón, la segregación laboral horizontal o «división sexual del empleo» —en el sentido de feminización de sectores de la actividad productiva y de puestos de trabajo concretos y ausencia o baja presencia de la mujer en otros— y vertical —ocupación de las mujeres en puestos de menor cualificación— no legitiman, a nuestro juicio, toda medida que en el empleo y la ocupación implique un sacrificio de la igualdad formal respecto del sujeto sacrificado, el varón. Nos preguntaríamos, sencillamente, ¿se corregirán (se evitarán o erradicarán) las desventajas de la mujer en el empleo a través del recurso fácil a la parificación de la mujer y el hombre?, ¿son admisibles las medidas consistentes en establecer reservas y preferencias a favor de la mujer en la contratación, promoción y formación profesional?, ¿en las pruebas de acceso y selección en el empleo público puede haber un porcentaje de plazas reservadas a las mujeres o pueden convocarse pruebas de acceso a puestos de trabajo ofertados sólo para mujeres?

La lectura de los preceptos de la LOI que, directa o indirectamente, regulan el empleo y la ocupación desde la perspectiva de la igualdad de género, permite extraer una primera conclusión significativa. Pese a la acepción amplia de la acción afirmativa, y tal vez en el convencimiento de que los excesos en el intervencionismo social de los poderes públicos pudieran vulnerar la garantía del derecho subjetivo individual de igualdad, las medidas de acción positiva de resultado en el empleo privado sólo son excepcionalmente admitidas, obligando la norma a distinguir entre acceso (o contratación) y promoción (profesional/laboral), por un lado, y formación profesional, por otro.

Si por «acceso al empleo» entendemos, de conformidad con las normas y jurisprudencia comunitarias⁸, las condiciones existentes antes de que nazca la relación de empleo, los criterios de selección, la oferta de empleo, la promoción profesional y la formación necesaria para acceder a un trabajo o puesto concreto, la LOI no impone reserva o preferencia de la mujer para *acceder o promocionar* en su carrera profesional en el empleo público ni para ser contratada o promocionada profesionalmente en el empleo privado.

En el ámbito del empleo privado, acciones positivas de resultado de los poderes públicos en el acceso y promoción laboral no sólo estarían social y económicamente poco justificadas, sino que limitarían excesivamente el derecho constitucional a la libertad de empresa, serían difícilmente conciliables con una economía de mercado y podrían no cumplir el fin que inicialmente persiguen (la contratación y promoción laboral de la mujer), transformándose entonces en medidas «pseudoproteccionistas» y, en cuanto tales, contrarias al principio de igualdad efectiva o material. De ahí que la LOI no sólo no prevea reserva o preferencia alguna de la mujer en la contratación y en su promoción laboral, sino que admita restrictivamente las excepciones a la aplicación del principio de igualdad y que las acciones correctoras de la segregación laboral (vertical y horizontal) femenina que contempla tengan un alcance más limitado, es cierto, menos espectacular a corto plazo, pero, sin duda, más efectivo y, sobre todo, perdurable en el ámbito de la actividad productiva privada.

En primer lugar, la posibilidad de reserva de un puesto de trabajo concreto y específico a la mujer⁹ —cuando se constatace que el sexo femenino

⁸ *Vid.*, al respecto, BIURRUN ABAD, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y PÉREZ CAMPOS, *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 164.

Las normas y jurisprudencia comunitarias se inspiran claramente en las disposiciones de la OIT. *Vid. Convenio OIT 111* de 1958, sobre la discriminación en el empleo y ocupación (art. 1.3), que incluye en esos términos tanto «el acceso a los medios de formación profesionales y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo», y *Recomendación OIT 111* de 1958, que incluye el acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; el acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo; el ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; seguridad en el empleo; remuneración por un trabajo de igual valor; condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo.

⁹ Es significativo, por cierto, que en el texto definitivo de la norma no se incluya mención alguna a sectores y profesiones en los que la mujer está infrarrepresentada, a pesar del dictamen que emitió el 21 de diciembre de 2006 la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congre-

fuerá un factor esencial en su ejecución— se condiciona en la LOI a criterios o requisitos restrictivos, trasladando a la norma (art. 5) los que impone el ordenamiento jurídico comunitario y la doctrina del TJUE, y exigiendo de los Servicios Públicos de Empleo (y de sus entidades colaboradoras y de las agencias de colocación sin fines de lucro) en su labor de intermediación laboral el control de las ofertas de empleo y colocación para evitar que en la mismas se incluyan criterios de acceso y selección que pudieran entenderse discriminatorios «en el acceso al empleo», según dispone el art. 22 bis LE¹⁰. Precepto que enuncia:

— La regla: son discriminatorias las «ofertas referidas a uno de los sexos». Lo que quiere decir que también lo serán las que se refieran en exclusiva a la mujer.

— Su excepción: «salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar», sin que se adivine aquí cómo y cuándo el sexo pueda ser esencial y determinante de cualquier actividad productiva.

— La excepción de la excepción: en ningún caso se aceptarán como requisito profesional las exigencias del puesto de trabajo ligadas o relacionadas con el esfuerzo físico. Confirmación de la regla, pero sólo prevista respecto de un requisito ligado al sexo masculino, sin que, por el contrario, se enuncie criterio paralelo relacionado, por ejemplo, con rasgos o caracteres psicológicos atribuidos al sexo femenino.

Sobre la fórmula legal que se adopta en la LE cabe, al menos, expresar dos consideraciones.

La primera, que la excepción se formula en términos menos restrictivos que los que utiliza el art. 5, puesto que así como éste exige la diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando el «objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado», el Servicio Público de Empleo no tiene que evaluar la legitimidad del objetivo de la oferta de empleo (contratar a mujeres) y la proporcionalidad del requisito exigido (ser mujer). Si es así, bastaría que el ofertante de empleo justificase que ser mujer es esencial y determinante del puesto ofertado.

De otro lado, en la excepción de la excepción sólo se contempla una característica relacionada con el sexo, en concreto, el esfuerzo físico, como característica del sexo masculino, en el convencimiento, parece, de que

so, favorable a acciones o actuaciones de los poderes públicos para mejorar la «empleabilidad» de las mujeres en esos sectores de la actividad productiva y en esas profesiones.

¹⁰ Introducido por la disposición adicional 17.^a de la LOI.

ésta es una causa de discriminación por razón de sexo indirecta. Llama poderosamente la atención que no se haga mención a una característica relacionada con el sexo femenino y se considere, paralelamente, discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con esa característica. De otro lado, la excepción de la excepción sólo puede interpretarse aquí en el sentido de que la misma se aplicará sólo en caso de que el ofertante no acredite que esa característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, cuyo objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado, de conformidad con lo previsto en el art. 5 LOI.

En segundo lugar, la apuesta decidida del legislador por medidas o acciones correctoras de la desigualdad en el empleo más moderadas se refleja en varias disposiciones de la LOI. Entre ellas, las siguientes: incentivo de la contratación laboral de la mujer a través de medidas directa o indirectamente promocionales para el empresario; acciones positivas de resultado sólo admisibles a través de la negociación colectiva en los términos previstos en el art. 14.4 ET (introducido por la LOI) y con alcance «neutro» desde la perspectiva de género; reconocimiento de derechos al trabajador varón ligados a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar para contribuir a la corresponsabilidad en las obligaciones de cuidado y atención a familiares; promoción de la contratación de mujeres, condicionada a circunstancias añadidas al sexo (edad, desempleo prolongado, contratación temporal y conciliación de la vida laboral y familiar) o evitando que el ejercicio de derechos individuales supongan un coste adicional para el empresario (eliminación de la doble cotización); disolución de la política de empleo en «programas de mejora de la empleabilidad».

Conviene, no obstante, tener en cuenta que así como para las Administraciones Pùblicas es justificable que el legislador imponga a éstas numerosos criterios de actuación en la planificación de sus recursos humanos desde la efectividad del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, y que éstos queden en la norma explicitados como condiciones necesarias y concretas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho al empleo público en todo el territorio español, es cuando menos significativo que la promoción de la igualdad en el sector privado del empleo vaya más allá del respeto por el empresario del derecho a la igualdad por razón de sexo de sus trabajadoras y acabe —en clara contradicción con lo preceptuado en el art. 11 LOI— en la imposición legal de medidas coercitivas para el empresario (como es el supuesto de la obligación de negociar planes de igualdad o de establecer medidas de preven-

ción del acoso sexual y por razón de sexo), añadidas, incluso, a las que se explicitan en su Título IV. En efecto, de lo dispuesto en sus disposiciones adicionales derivan, entre otras, la tipificación legal de nuevas infracciones y sanciones administrativas (por ejemplo, modificaciones de la LPRL) y la intensificación del derecho de la mujer trabajadora a la tutela judicial efectiva, de su derecho a la no discriminación por razón de sexo en la relación laboral y de las garantías en caso de despido discriminatorio.

La conexión entre empleo y formación profesional al margen del sistema educativo —formación profesional para el empleo— es evidente. A los efectos de las normas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y la ocupación, la formación profesional se integra en estos términos¹¹. Si ello es así, la cuestión sobre la legitimidad constitucional de las medidas de acción positiva de resultado a favor de la mujer en el ámbito de la formación profesional —ya sean medidas impuestas por los poderes públicos o fijadas por los empresarios privados— podría ser resuelta del mismo modo. No obstante, como resulta que las desigualdades en el trabajo y la ocupación de la mujer pueden venir de las deficiencias en la situación de partida (su formación), en tanto persista esta situación serían aceptables medidas de reserva de plazas en los cursos de formación, siempre, claro está, que las mujeres cumplan los demás requisitos que se exijan en su convocatoria para acceder a ellos. La acción positiva de resultado en la formación no se traduce, necesariamente, en que la mujer vaya a acceder al puesto de trabajo para el que se ha formado o promocione efectivamente.

No obstante, si la formación profesional se entiende al margen del empleo propiamente dicho, esto es, como derecho social de formación y readaptación profesional (art. 40.2 CE) que legitima constitucionalmente una «política sociolaboral» específica, las acciones positivas de resultado que pudieran adoptar los poderes públicos y los sujetos privados (sustancialmente, los empleadores, empresarios privados y Administraciones Públicas) deberían justificarse en función sólo del objetivo directo que persiguen, es decir, la formación como vía para obtener una mejor capacitación, una mejora de las competencias y cualificaciones, sin perjuicio de que el objetivo indirecto sea la inserción, reinserción o promoción laboral

¹¹ La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, adopta un concepto muy amplio de formación profesional. Prohíbe la discriminación (art. 14) en los sectores público y privado, incluidos los organismos públicos, en relación con «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica».

o profesional. Desde esta perspectiva, si bien la reserva o preferencia de la mujer para acceder a los cursos de formación no garantiza que la mujer los supere favorablemente (que obtenga una calificación positiva, si fuera el caso) y tampoco, como decíamos, le garantiza acceso o promoción segura en el empleo y la ocupación, la acción positiva aquí exigiría, a nuestro juicio, que se constatasen desigualdades o deficiencias femeninas en este ámbito sociolaboral, el de la formación profesional, padecidas por el solo hecho de ser mujer y que se aplicasen sólo mientras aquéllas subsistan.

La LOI admite las acciones positivas de resultado en las acciones de formación profesional, tanto en el ámbito del sector público del empleo como en el privado (arts. 42 y 60, respectivamente). Al margen de aquéllas en las que el sexo es sólo un factor indirecto —por ejemplo, preferencias para acceder a los cursos de formación a empleados que hayan suspendido su trabajo por razones de conciliación laboral, familiar y personal (art. 60.2)— o añadido a otra condición personal —por ejemplo, doble discriminación y programas de formación profesional (art. 42.2)—, las que consisten en reservas «femeninas» de plazas en cursos de formación tienen en la norma una concepción diferente, justificable en el ámbito del empleo público y más dudosa en el empleo privado.

En efecto, en el ámbito del empleo público la reserva de plazas a favor de las mujeres (reserva cuantificada en, al menos, un 40 por 100 de las plazas) sólo tiene como objetivo la promoción profesional a los puestos directivos en la Administración Pública, y aunque nada diga expresamente la Ley, es sin duda una medida correctora de una desigualdad de hecho de la mujer en ese ámbito, concebida, parece, como elemento necesario del criterio de la «presencia equilibrada». Por el contrario, las reservas en los programas de formación profesional en el sector privado del empleo no se condicionan a situación de desigualdad o desventaja alguna, ni expresa ni tácitamente. A nuestro juicio, la norma debería haber vinculado la reserva a la constatación de sectores de la actividad productiva o puestos de trabajo concretos en los que la presencia femenina es inferior a la del varón. Por el contrario, habría que valorar positivamente que la LOI no haya impuesto medidas de este tipo en las acciones de formación profesional (ocupacional) que pueda adoptar el empresario y, en sintonía con las acciones promocionales en el acceso al empleo, se dejen a la negociación colectiva.

Por último, y como rasgo de identidad en las acciones positivas de formación profesional que contempla la LOI, es cuando menos sorprendente que una norma que nace con vocación de permanencia y estabilidad no

prevea el carácter temporal de estas medidas en este ámbito sociolaboral concreto. En efecto, en ninguno de los preceptos de la LOI se advierte que estas medidas se podrán utilizar mientras subsista la situación de desigualdad (en el ámbito de la Administración Pública —número de mujeres menor que el de los hombres en los puestos directivos— y en el ámbito del empleo privado —que hay trabajos y puestos no habitualmente desempeñados por mujeres—) y, en consecuencia, nada obsta a que —contrariamente a la concepción jurídica de la acción positiva (art. 11)— se recurra permanentemente a ellas. Sólo cabe, por tanto, confiar que los Programas de Formación Profesional para el Empleo, que, con carácter temporal, adopten los poderes públicos, tengan en cuenta el marco socioeconómico del momento, dirigiéndose hacia sectores de empleo en que la mujer está subrepresentada o hacia aquellos de nueva proyección, los que se conocen como «nuevos yacimientos de empleo», o hacia puestos de trabajo cualificados no ocupados por mujeres. Lo contrario, a nuestro juicio, deslegitimaría las acciones positivas a favor de la mujer en el ámbito de la formación profesional.

5. EFECTIVIDAD DE LA IGUALDAD Y COMPLEMENTARIEDAD DE LAS MEDIDAS PROMOCIONALES

Hay una interrelación evidente entre empleo, trabajo, ocupación, promoción y formación profesionales, maternidad, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, porque son todos ellos bienes o necesidades sociales vitales de las personas que requieren de la actuación de los poderes públicos para su satisfacción a través de muy diversas medidas que conforman las que podríamos denominar «políticas públicas sociolaborales», porque cualesquiera que se utilicen en la práctica, de forma directa o indirecta, contribuirán a elevar el trabajo, el empleo o la actividad productiva a factor esencial de integración social y mecanismo esencial de la solidaridad social.

La multiplicidad y heterogeneidad de las medidas que en el contexto social y económico pueden adoptarse para contribuir de modo decidido a fomentar el empleo, favorecer la capacitación profesional, proteger la maternidad y la familia, ha influido en el diseño de respectivas políticas públicas (política de empleo, política de formación profesional, política de protección a la familia) que, con objetivos directos propios, interaccionan entre sí, puesto que todas ellas, de una manera u otra, contribuyen al desarrollo efectivo de una actividad productiva.

Desde la perspectiva de integración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el conjunto de esas políticas, el carácter integral que se autoatribuye la LOI contrasta con la ausencia en el conjunto de las que denomina políticas públicas para la igualdad, de las que cabe identificar bajo el término o expresión de políticas sociolaborales. No obstante, las múltiples y heterogéneas medidas que impone o promueve la LOI como instrumentos de garantía y satisfacción de ese principio en los ámbitos social, laboral, económico y cultural de la vida, permiten identificar las que integrarían el contenido de esas políticas públicas.

El análisis transversal de la LOI demuestra que las medidas legales que promueve son compatibles y complementarias entre sí porque todas contribuyen, de una manera u otra, a que la mujer acceda al empleo, se mantenga en la ocupación y pueda reinsertarse profesionalmente cuando ha perdido el empleo o lo ha suspendido durante un tiempo más o menos largo por razones que tienen que ver con el cuidado de su familia. Hay una interconexión o interrelación entre empleo-conciliación de la vida personal, familiar y laboral-formación profesional e igualdad por razón de género, porque tanto una, la conciliación, como la otras, la formación y la protección social, son o pueden considerarse que sean medidas instrumentales para la consecución del más amplio derecho al empleo. Pero no puede perderse la perspectiva de que la conciliación (incluida la maternidad) y la formación son bienes o necesidades vitales o derechos sociales de los ciudadanos que requieren de actuaciones de los poderes públicos más allá (o junto a) las propias de una estricta política de empleo.

Del mismo modo, la que podríamos denominar política de protección social se pone al servicio de la política de empleo femenino, apreciándose entre ambas una interrelación o conexión tanto en una perspectiva institucional como en una perspectiva o dimensión económica. En este sentido, es evidente la conexión entre los que la LOI denomina «derechos de conciliación» de la vida laboral, familiar y personal de los trabajadores, la acción protectora del sistema de Seguridad Social y la igualdad por razón de género. Pero del análisis de las múltiples modificaciones que la LOI incorpora en las contingencias objeto de protección por la Seguridad Social deriva que haya de distinguirse, a nuestro juicio, entre aquellas medidas proyectadas desde la perspectiva de género (y, en cuanto tales, se integrarían en la política pública de género, en sentido estricto), que tienen como objetivo el «reparto más equilibrado de las responsabilidades entre padre o madre» de acuerdo con las propuestas institucionales europeas y

nacionales al respecto¹², de aquellas que se enmarcarían en el ámbito de una política pública de protección a la familia, en la que el derecho a conciliar la vida laboral y familiar, reconocido a los trabajadores con independencia de su sexo y del que no puede derivar discriminación basada en su ejercicio, se configuraría como un instrumento esencial de la misma.

Desde esa doble dimensión, el Estado, en tanto que protector y garante del principio de igualdad por razón de género y del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, ha de asumir los instrumentos que una política global en esta materia requiere en el ámbito de la Seguridad Social, es decir, en el ámbito del sistema público ideado por nuestra Constitución para proteger a la población frente a situaciones de necesidad. Esta política de Seguridad Social, integrada por el conjunto de acciones y decisiones del Estado basadas en principios, reglas, normas y medidas a través de las que se garantiza a las personas incluidas en su ámbito, y a sus familiares y asimilados, tutela frente a las contingencias y situaciones legalmente previstas, de acuerdo con los requisitos fijados por el legislador, requiere, por un lado, de medidas legislativas promocionales de los derechos de igualdad y de conciliación y, de otro, de asunción de su coste económico. Desde la perspectiva primera, se requiere fijar el objetivo o finalidad de lo que se quiere promocionar y, al respecto, en la LOI confluyen numerosos aspectos no fáciles de coordinar, entre ellos, la igualdad por razón de género, la conciliación de la vida laboral y familiar en sí misma considerada, la protección de la institución familiar en situaciones especiales, la natalidad. Desde la perspectiva segunda, la ampliación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social que lleva a cabo la LOI (subsidiario no contributivo de maternidad, subsidio de paternidad, riesgo durante la lactancia...) supone un coste económico que debe asumir el Estado (y la sociedad) con la finalidad de, cuando menos, disminuir —y si es posible, eliminar— los costes para el empresario y para los titulares de los derechos ahora reconocidos en la LOI, evitando que su ejercicio implique una penalización. Sólo

¹² *Vid.*, al respecto, la Resolución del Consejo y de los ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, que alienta a los Estados miembros a elaborar estrategias globales e integradas al respecto y promueve medidas específicas, alguna de ellas en el ámbito de la protección social configurada en cada uno de los Estados miembros.

De otro lado, la conciliación de la vida laboral y familiar es una de las seis áreas prioritarias del Plan de Trabajo para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006-2010), que desarrolla la Comunicación de la Comisión de 2006 [COM (2006), 92 final], advirtiendo de la necesidad de que los Estados miembros adopten medidas para animar a los hombres a que asuman responsabilidades familiares.

así se contribuirá a la efectividad real tanto del derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer (fomentando que el varón utilice o ejercite los derechos que le reconoce la norma) y del derecho de ambos a conciliar su vida laboral y familiar.

6. EMPLEO E IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO EN LA LOI

Definidos los que pueden considerarse rasgos básicos de la política sociolaboral en la LOI, se analizan a continuación las medidas que en el ámbito del empleo y la ocupación por cuenta ajena derivan del reconocimiento del derecho a la igualdad de oportunidades de las mujeres en el desarrollo de una actividad productiva, centrándonos sólo aquí en la dimensión colectiva del «derecho al trabajo», es decir, en las actuaciones que el legislador exige a los poderes públicos para contribuir a la igualdad de oportunidades de las mujeres en el empleo y la ocupación y, en consecuencia, dejando al margen el análisis de las que pueden calificarse como medidas de garantía y promoción de la igualdad y no discriminación en el ámbito de las empresas, y traducidas en obligaciones y deberes legales que se imponen al empleador, persona física o jurídica.

6.1. Medidas públicas de integración laboral de la mujer

En el marco internacional —Convenio 122 de la OIT—¹³ y comunitario del empleo —Título VIII TCE— y en el de los objetivos, generales y específicos, que sobre el trabajo, empleo u ocupación describe la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en adelante LE (arts. 1 y 2), definiríamos la política de empleo como el conjunto de actuaciones de los poderes públicos —incluidas las normativas— que tienen por finalidad procurar trabajo a la población activa —vertiente activa— y proteger a los desempleados a través de prestaciones económicas y de reinserción profesional —vertiente pasiva— para contribuir eficazmente a la satisfacción de un derecho social, el derecho al trabajo, que en su dimensión colectiva requiere del desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del «plenio empleo de calidad». Objetivo este, básico de la política de empleo, que no puede entenderse exclusivamente desde una perspectiva cuantitativa (como si sólo

¹³ Sobre política de empleo de 1964.

fuese necesario aumentar el número de trabajadores empleados), sino que requiere de actuaciones sobre la «calidad en el empleo»¹⁴; acepción, es cierto, mucho más difícil de concretar y objetivar pero, sin duda, mucho más adecuada a los postulados del Estado social. Como bien se ha expresado, «la política de empleo no acaba su labor en procurar que quien quiera trabajar pueda hacerlo; es necesario igualmente que el trabajo satisfaga las necesidades materiales, sociales y personales de quien lo desempeña»¹⁵. De ahí que el legislador explice (art. 2 LE), entre los objetivos y metas específicas de toda la estrategia en materia de empleo, la de garantía de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el empleo —incluyendo la fase de acceso al empleo y la elección de profesión y oficio—; la de atención individualizada a los desempleados «mediante acciones integradas de políticas activas que mejoren su *ocupabilidad*», que faciliten «el mantenimiento y mejora de su calificación profesional, *empleabilidad* y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo»; y en fin, la integración en el mercado de trabajo de colectivos que presenten mayores dificultades para acceder y desarrollar de forma estable un trabajo.

Las políticas incentivadoras de la contratación de personas con problemas de integración laboral es una constante en nuestro país desde hace muchos años¹⁶ y la inclusión de la mujer como «colectivo prioritario» se debió a la Ley Básica de Empleo de 1980. Desde entonces, los pactos fruto de la concertación social, los planes nacionales de empleo, las sucesivas reformas del mercado de trabajo y los programas de fomento del empleo —inspirados en el Derecho comunitario europeo y, tras la adhesión de España a la Comunidad y la inclusión en el TCE del Título VIII sobre política de empleo, en cumplimiento de la estrategia comunitaria coordinada para el empleo—¹⁷ han mantenido a las mujeres, o a gru-

¹⁴ A. MONTOYA MELGAR y R. CRISTÓBAL RONCERO, *Comentario a la Ley de Empleo*, Madrid, Civitas, 2004, p. 26.

¹⁵ SEMPERE, CANO, CHARRO y SAN MARTÍN, *Políticas sociolaborales...*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶ Así lo afirma y confirma A. MONTOYA MELGAR, «La Ley 43/2006 en el marco de las reformas laborales», en A. MONTOYA, J. GALIANA, F. CAVAS y A. CÁMARA, *Comentario a la reforma laboral de 2006*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 50 y ss., que analiza los antecedentes de esta reforma legislativa del mercado de trabajo que describe como «insistencia en las medidas de fomento del empleo de personas con dificultades de inserción laboral».

¹⁷ Sobre ésta en general, y en particular sobre uno de los pilares sobre los que deben diseñarse las políticas de empleo de los Estados miembros desde las primeras Directrices comunitarias (1998), la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. *Vid.* R. CRISTÓBAL RONCERO, «Políticas de Empleo en la Unión Europea», en *Revista MTAS*, núm. 33, 2001, p. 46.

pos específicos de ellas (mujeres con responsabilidades familiares, mujeres jóvenes desempleadas de larga duración en profesiones con subrepresentación femenina, mujeres víctimas de violencia de género), como destinatarias de medidas tendentes a incentivar su contratación y permanencia en el trabajo. Así lo confirma la actual LE (art. 26), que prevé que las mujeres (sin condiciones añadidas) sean o puedan ser destinatarias de «programas específicos» de empleo en tanto «subsistan las actuales tasas de ocupación y de paro respecto de la población activa femenina» (disposición transitoria tercera) y de «itinerarios de inserción que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de [las mismas] y a sus necesidades específicas». Lo materializan los últimos Programas de Fomento del Empleo (por ejemplo, Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que confirma en su Exposición de Motivos que uno de los problemas en el mercado de trabajo español es el de la «reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas», y para superarlo establece incentivos para su contratación indefinida —inicial o por conversión de un previo contrato temporal en fijo—, para el mantenimiento de su empleo e, incluso, para su contratación temporal)¹⁸. Y lo asume ahora el legislador como objeto central y estructural de la LOI, concebida en el marco de las actuales Directrices comunitarias integradas para el crecimiento económico y el empleo (2005-2008) [COM (2005) 0141 final]

¹⁸ La cuantía del incentivo —consistente en todos los supuestos en la bonificación de la cuota empresarial de la Seguridad Social mediante cantidades fijas— varía en función de la situación de la trabajadora. Así, en el primer caso —contratación indefinida— se incentiva con carácter general la contratación de la mujer sin condición añadida, las contrataciones dentro de los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento (preadoptivo o permanente), las contrataciones de mujeres víctimas de violencia de género y las reincorporaciones de aquélla al empleo después de cinco años de inactividad laboral, siempre que antes del cese en su actividad hubiese estado de alta en cualquier régimen de Seguridad Social un mínimo de tres años. En el segundo caso —mantenimiento del empleo— se incentiva la reincorporación efectiva de la mujer a su puesto de trabajo en los dos años siguientes a la fecha del inicio del permiso de maternidad, siempre que el contrato suspendido fuese de carácter indefinido o el temporal inicial se transforme en indefinido. En el tercer caso —contratación temporal— se bonifica la de las mujeres víctimas de violencia de género durante toda la vigencia del contrato. Sobre este Programa de Fomento de Empleo, *vid.* A. CAMARA BOTÍA, «Las medidas de impulso a la contratación indefinida», en MONTOYA, GALLANA, CAVAS y CÁMARA, *op. cit.*, pp. 91 y ss.; A. MONTOYA MÉLGAR y R. AGUILERA RAMOS, «La Seguridad Social en la reforma laboral de 2006», en RMTAS, 2007.

Téngase en cuenta, a los efectos de las singularidades respectivas del empleo en el sector privado y público, que la Ley 43/2006 declara expresamente excluidos de los beneficios del Programa de Fomento del Colectivo de Mujeres a la Administración General del Estado y sus organismos públicos, así como a las Administraciones autonómicas y las entidades locales y sus organismos públicos.

y del último Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España (2003-2006). Aquéllas, las Directrices comunitarias, incluyen la perspectiva de género en cada una de las tres prioridades básicas de la estrategia: 1) atraer a más personas que se incorporen y permanezcan en el mercado de trabajo, aplicando políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial, en las que se ha de prestar especial atención a abordar las diferencias que persisten entre hombres y mujeres en materia de empleo y promoviendo un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida mediante, entre otras, medidas decididas para eliminar las diferencias existentes entre hombres y mujeres en materia de empleo, desempleo y remuneración, y una mejor conciliación de la vida familiar y profesional, incluidos, en particular, servicios accesibles y asequibles de asistencia infantil y cuidado de otras personas dependientes; 2) mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas y aumentar la flexibilidad de los mercados laborales, con atención a los cambios que afecten a la familia; 3) aumentar la inversión en capital humano mediante la mejora de la educación y las cualificaciones. Éste, el último Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España (2003-2006), enuncia bajo la rúbrica de «Igualdad entre hombres y mujeres» (Directriz 6), los objetivos de aumentar los incentivos para que las mujeres participen en el mercado de trabajo e incrementar la disponibilidad y asequibilidad de los servicios para el cuidado de hijos y otras personas dependientes.

6.2. La LOI como «Ley de Reforma Laboral» y «Ley de Empleo Femenino»

No es nuestro propósito en estas páginas analizar con carácter retrovisor los antecedentes normativos de las reformas laborales y de los programas de fomento de empleo motivados, en general, por los desequilibrios del mercado de trabajo y, en particular, por los que padece la mujer trabajadora. Sólo queremos significar que la LOI es una pieza más de nuestras políticas públicas de empleo cuya finalidad específica es integrar el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo en todas las actuaciones de los poderes públicos, incluidas las normativas, orientadas a la consecución del pleno empleo de calidad.

Pero como lo sustancial aquí no es sólo expresar que la política de empleo ha de reflejar el carácter transversal de la igualdad de género, sino describir,

al menos, los rasgos o caracteres de la que podemos denominar «política de empleo femenino», la ausencia en la LOI de precepto alguno que los exprese requiere un análisis transversal de la norma que permita detectarlos. Como resulta que la política pública de igualdad se caracteriza por la integración de la perspectiva de género en todas las actuaciones de los poderes públicos, el reflejo en una política concreta, la de empleo, permitirá definirla como la actuación pública de satisfacción de la igualdad de oportunidades de la mujer en el goce de un mínimo o necesidad social vital, el empleo o la ocupación, justificada por las desventajas de hecho de la mujer en el acceso y permanencia en la actividad productiva y materializada en medidas diversas y heterogéneas que las eviten, eliminen, reduzcan o corrijan.

Desde esta perspectiva, es cuando menos paradójico que la LOI, que nace con vocación de permanencia, asuma como estructurales y permanentes para el futuro las desventajas de hecho de la mujer en el empleo y en la ocupación (art. 14) y, en consecuencia, se exija una actuación «correctora» de los poderes públicos también constante o permanente al efecto. Por el contrario, en la Ley de Empleo tanto las desventajas de hecho de las mujeres como las medidas que las eviten, eliminen o reduzcan se conciben como coyunturales y temporales. Parece como si el legislador hubiera hecho balance de las medidas de fomento del empleo femenino que se han adoptado por los poderes públicos desde comienzos de la década de los ochenta en nuestro país y quisiera plasmar con vocación de permanencia tanto los desequilibrios del mercado de trabajo femenino, como los objetivos específicos de la política de empleo femenino y las medidas de solución que aquéllos requieren.

De la combinación de estos elementos en la LOI resulta la opción de política legislativa para fomentar la contratación, la reinserción laboral y la permanencia en el trabajo de la mujer trabajadora. Descartadas por el legislador, según se dijo, las medidas de acción positiva de resultado (reservas y preferencias en la contratación de mujeres), las que promueve la LOI son de dos tipos, distinguiendo entre las que adopta con vocación de permanencia, de resultado inicialmente incierto o a largo plazo, consistentes en la modificación del marco jurídico-laboral, ideando instituciones jurídicas nuevas y adaptando las ya existentes, de aquellas otras que promueve, exigiendo de los poderes públicos la adopción de «programas de empleabilidad de las mujeres» (art. 42).

De un lado, la incidencia significativa de la LOI en el régimen jurídico de la relación laboral la convierten en un eslabón más de las continuas adaptaciones del Derecho del Trabajo (y de la Seguridad Social) a las exigencias

socioeconómicas del mercado de trabajo. Desde la política de empleo la LOI es una actuación normativa de los poderes públicos (del Estado, en el ámbito de su competencia constitucional conforme al art. 149.1.7.^a CE) que permite identificarla como *Ley de Reforma Laboral* para la mejora del crecimiento y del empleo femenino. Con carácter general, el rasgo más sobresaliente de la reforma en lo que al objetivo de fomento del empleo femenino se refiere es el que tiene que ver con la eliminación o corrección de aquellas desventajas que la mujer padece en el acceso, reinserción y permanencia en el trabajo. Desventajas derivadas, bien de la maternidad (situación en la que la reforma busca equilibrar el derecho de la mujer trabajadora a que se proteja su maternidad y a que ésta no repercuta negativamente en su empleo, y el derecho del empresario a que el ejercicio de ese derecho de la mujer no influya en su rentabilidad económica y distorsione la planificación de los recursos humanos en su empresa). Bien de la asunción de responsabilidades familiares y del rol social que tradicionalmente se las ha atribuido en exclusiva; situación en la que la reforma también busca equilibrar el derecho de los trabajadores —varones y mujeres— con responsabilidades familiares con la rentabilidad económica de la empresa y corresponsabilizar al varón en la asunción efectiva de esas obligaciones de cuidado de hijos y familiares.

De otro, la LOI es o adquiere la condición de una *Ley de Empleo Femenino* que complementa a la general Ley de Empleo porque institucionaliza las directrices generales sobre el empleo femenino y configura los instrumentos esenciales de la planificación de esa política pública. La directriz se expresa en la LOI, afirmando que «*las políticas* de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres». El término «políticas de empleo» es erróneo porque si lo que quiere dar a entender la LOI es la existencia de diferentes políticas de empleo, la nacional, las autonómicas y las locales, hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.7.^a, 13.^a y 17.^a CE, corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre las bases generales y de coordinación de la política de empleo, y las Comunidades Autónomas, en su propio territorio, desarrollan la legislación de empleo y adoptan y ejecutan programas y medidas en virtud de las competencias que les hayan sido transferidas y tengan reconocidas en sus respectivos Estatutos (servicios de empleo, programas de empleo, formación profesional). De otro lado, y de conformidad con lo dispuesto en la LE (art. 3), el instrumento esencial de la planificación de la política de empleo es el Plan Nacional de Acción para el Empleo,

que se elaborará por el gobierno con la participación de las CCAA. En definitiva, la política de empleo femenino es única; se articula a través del Plan Nacional para el Empleo, que establecerá como línea estratégica de actuación de todos los poderes públicos territoriales la de integración del principio de igualdad por razón de sexo en el acceso, reinserción y permanencia en el trabajo y la ocupación, sin perjuicio de los diferentes programas específicos que puedan adoptar las CCAA, que han de sujetarse a lo dispuesto en el Plan Nacional, según dispone el art. 3.3 LE.

Ese objetivo general de la política de empleo femenino se concreta en lo que, de acuerdo con los objetivos específicos de la política de empleo (art. 2 LE), puede identificarse como líneas estratégicas, respectivamente, de la vertiente activa de esa política y de su dimensión pasiva. En su vertiente activa, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 LE, la política de empleo femenino se integrará por el conjunto de programas y medidas de «mejora de la *empleabilidad* y de la permanencia en el empleo de las mujeres» (art. 42.1), sin que la LOI concrete el contenido de los específicos programas que los poderes públicos estimen oportuno establecer para la consecución de ese objetivo y, por tanto, sean viables en su marco las más diferentes opciones de política legislativa al efecto. Es cierto que el legislador advierte que uno de los mecanismos que pueden contribuir a esa mejora de la empleabilidad de las mujeres es la potenciación de «su nivel formativo y de su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo», haciendo eco de lo que recurrentemente proclaman los documentos internacionales y comunitarios sobre el empleo, pero también lo es que el legislador español no proporciona un concepto de la que, sin duda, es una desafortunada expresión pero que, como otras, ha sido objeto de una pronta recepción. La conexión de la «*empleabilidad*» al nivel formativo parece querer referirse a acciones de mejora de las posibilidades de acceso al empleo incidiendo en la situación de partida de la mujer para que ésta logre el nivel de capacitación y cualificación necesarias; la interrelación con los requerimientos del mercado de trabajo parece referirse al necesario equilibrio cualitativo entre la oferta y la demanda de empleo procurando mejorar la aptitud de la trabajadora y las acciones de recalificación para el empleo de ésta para adecuarse al «dinamismo de ese mercado y del sistema de empresas»¹⁹ como factor necesario de su permanencia en el trabajo. Si esto es así, podría entenderse que la LOI vincula la

¹⁹ M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Empleabilidad y acceso a la formación», en *Revista RL*, núm. 10, 2001.

empleabilidad de las mujeres sólo a medidas dirigidas a la adaptación de la formación y de la recalificación para el empleo²⁰, transformando a éstas en la principal medida de política activa de empleo femenino. No obstante, y puesto que esta política específica ha de enmarcarse en la general de empleo, las acciones de fomento de empleo a través de incentivos económicos a la contratación de mujeres, en cuanto integrantes del contenido de una política activa de empleo, podrán seguir utilizándose sin que aquéllas sustituyan a éstas. Tal vez el propósito del legislador sea aquí resaltar que, junto a la medida por excelencia de inserción laboral de las mujeres (bonificaciones en las cuotas empresariales), deban instrumentarse otras que requieren, es cierto, de un mayor esfuerzo e imaginación, en el convencimiento de que ninguna de esas medidas por sí sola asegura el acceso y permanencia en el empleo de la mujer trabajadora.

También es objetivo de la política de empleo la «debida protección en las situaciones de desempleo» (art. 1 LE), requiriendo el legislador su debida coordinación con las políticas activas de empleo hasta tal punto que la LE pone a aquélla (la protección o dimensión pasiva de la política de empleo) al servicio de ésta, identificando como objetivo prioritario de esas medidas protectoras la reinserción laboral de los desempleados. En nuestro ordenamiento jurídico la protección de la contingencia por desempleo se articula en torno a la reinserción profesional del desempleado perceptor de una prestación contributiva o no contributiva, exigiendo de éste (art. 207 LGSS) la acreditación de la «disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad» y obligándole (art. 231 LGSS) a «participar en acciones de mejora de la ocupabilidad», definidas como «acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional» (arts. 206 y 231 LGSS). Además, el Programa de Renta Activa de Inserción, incorporado en nuestro sistema de Seguridad Social como contenido de la acción protectora por desempleo (de competencia, por tanto, del Estado), y los programas autonómicos de rentas mínimas de inserción, salario o ingreso mínimo de solidaridad, asumi-

²⁰ En la doctrina se utiliza el término «empleabilidad» para referirse a «cuantas reglas, herramientas, derechos y procedimientos se orientan en la dirección de mejorar la capacidad o aptitud del trabajador para acceder, mantener o recuperar una ocupación o empleo». *Vid. MOLINA HERMOSILLA, La dimensión jurídica de la política de empleo, op. cit.*, p. 51.

Desde la política de empleo se define como «el conjunto de medidas de política de empleo que, incidiendo en la cualificación del trabajador, facilitan y debieran asegurar su integración en el mercado de trabajo durante toda su vida laboral». *Vid. M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO (dir.), Lecciones de Derecho del Empleo*, Tecnos, 2006, p. 379.

dos por las Comunidades Autónomas en el marco de su competencia constitucional en materia de asistencia social, tienen como finalidad lograr la reinserción profesional de sus destinatarios o beneficiarios, en el primero, desempleados que no puedan acceder a las prestaciones y subsidio de desempleo; en el segundo, sujetos que no perciben prestación alguna del sistema de Seguridad Social, y en ambos, que carezcan de un nivel de rentas e integren alguno de los colectivos a los que, en función de sus menores posibilidades de ocupación, se dirige esa renta de inserción. Parece que a estos programas refiere la LOI (art. 42.2) como mecanismos de mejora de la empleabilidad de las mujeres bajo la expresión «programas de inserción laboral activa», que, dirigidos «a personas en desempleo», han de integrar entre sus beneficiarios a las mujeres, cualquiera que sea su nivel educativo y edad (dice la norma: «comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres»)²¹. Lo que cabe entender, *a sensu contrario*, que no pueden limitarse a colectivos específicos de mujeres en función de esos criterios, y, en consecuencia, la posibilidad que admite la LOI de que aquellos programas se destinen «prioritariamente a colectivos específicos de mujeres» sólo puede interpretarse en el sentido de que sean criterios de preferencia otros relacionados con circunstancias añadidas, tales como, por ejemplo, ser víctima de violencia de género²² o atendiendo a su origen racial y étnico o a su situación de exclusión social. Dice también la norma que estos programas pueden «contemplar una determinada proporción de mujeres», lo que referido a los programas de inserción laboral activa no es, a nuestro juicio, razonable ni está justificado, sencillamente porque este programa es o forma parte de la protección por desempleo y, en cuanto tal, integra la acción protectora del régimen público de Seguridad Social que excluye medidas de desigualdad a favor de uno de los sexos. Tampoco cabe

²¹ Si esto es así, tras la entrada en vigor de la LOI se habrá de modificar el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (BOE de 5 de diciembre). Este programa, en relación con los anteriores, no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter permanente y en él no se incluyen a las mujeres como colectivo específico favorecido por la medida, a excepción de las que sean víctimas de violencia de género. Para este colectivo concreto de mujeres no se exige ser mayor de cuarenta y cinco años ni ser demandante de empleo, inscrita ininterrumpidamente como tal en la oficina de empleo durante doce o más meses, y a las que —si acreditan cambio de su residencia en los doce meses anteriores a la solicitud de admisión al programa de renta activa de inserción o durante su permanencia en éste— se reconoce, junto a la renta activa de inserción propiamente dicha, una ayuda suplementaria de pago único equivalente al importe de tres meses de renta activa de inserción.

²² El programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género ha sido aprobado por RD 1917/2008, de 21 de noviembre.

aceptar una medida de este tipo en lo que se refiere a las concretas acciones de inserción laboral a aplicar en el programa de renta activa de inserción; en efecto, el art. 7 del RD 1369/2006 expresa que entre esas acciones de inserción laboral se encuentra la incorporación a planes de empleo o formación, entre ellos, Orientación Profesional, Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, Programa de Talleres de Empleo, etc., y aunque en principio pudiera entenderse que en estos programas concretos cabría reservar un porcentaje de plazas a las mujeres, al formar parte de la acción de inserción laboral del programa específico de renta activa de inserción y éste estar integrado en la acción protectora por desempleo, devendría contraria a las exigencias del principio de igualdad en la Seguridad Social. Como expresa el art. 9 de la Directiva 2006/54/CE, se consideran contrarias al principio de igualdad de trato aquellas disposiciones que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para «establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar éstas a los trabajadores de uno de los sexos».