

CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR Y POLÍTICAS LEGISLATIVAS SOBRE IGUALDAD

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pompeu Fabra*

EXTRACTO

La corresponsabilidad familiar, que se ha de traducir en igualdad de derechos y deberes sin diferenciación por razón de sexo más que en la invitación a compartir ciertas tareas, constituye el objeto de este estudio.

Con un alcance explicativo de la realidad y de la situación jurídica actual se arranca a partir de los datos internacionales y de los propios antecedentes normativos españoles, los cuales denotan la influencia del modelo social anterior.

Todo ello sirve para analizar las principales intervenciones comunitarias que arrancan en 1975 y que se han actualizado muy recientemente al igual que la normativa nacional, la cual adolece sin embargo de ciertas lagunas e importantes desenfoces, al fijar su atención con exclusividad en la condición de trabajador/a.

ÍNDICE

1. Corresponsabilidad familiar y trabajo de las mujeres: 1.1. Pobreza, desigualdad y derechos humanos; 1.2. Corresponsabilidad familiar y política legislativa
2. El modelo franquista de excedencias forzosas por matrimonio y su revisión constitucional: 2.1. La caracterización del modelo: normas sectoriales y excedencias por matrimonio; 2.2. La revisión constitucional de las excedencias por matrimonio
3. La conciliación como instrumento de ordenación de las responsabilidades familiares: su insuficiencia como motor dinamizador de la igualdad en las actuales coordenadas: 3.1. Las normas comunitarias como marco de referencia de una conciliación en clave de corresponsabilidad familiar. La exportación desde la construcción de la no discriminación por género del concepto de acoso: a) La Directiva sobre igualdad de retribución entre hombres y mujeres; b) La Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo; c) Las Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; 3.2. Política legislativa de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en España
4. La corresponsabilidad en la familia como fundamento de un modelo social basado en la no discriminación por género y circunstancias personales

1. CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR Y TRABAJO DE LAS MUJERES

1.1. Pobreza, desigualdad y derechos humanos

Antes de abordar la política legislativa sobre corresponsabilidad familiar creo, que es necesario destacar algunos datos que ayudaran a situar los problemas en sus exactas coordenadas.

Naciones Unidas señala que de los 1.300 millones de pobres que hay en el mundo el 70% son mujeres y de los 23 millones de refugiados y 26 de desplazados por guerras o desastres el 80% son mujeres. Sobre este panorama de desolación y pobreza hay que destacar que dos tercios de los 876 millones de analfabetos en el mundo son mujeres. Naciones Unidas completa estos datos destacando que 81 millones de niñas no tienen acceso a la escuela primaria y esta situación se deriva del trabajo infantil y de los matrimonios precoces que les llevan a maternidades prematuras. UNESCO no prevé una disminución de la diferencia de las tasas de alfabetización de los hombres y las mujeres de más de 15 años antes de 2025¹.

¹ Ver para tener una mas completa referencia "Situación de la mujer en el mundo. Tendencias y estadísticas", Naciones Unidas, Nueva York, 2001.

La International Labour Organization recoge cifras bastante clarificadoras de la situación por género en el trabajo. Así destaca que, entre 250 y 260 millones de niñas y niños entre 5 y 11 años trabajando en el mundo. Dentro de esta situación, las niñas sufren una explotación mayor ya que, más de dos tercios de los niños trabajadores tienen jornadas de más de 40 horas semanales y más de uno de cada 10 trabaja 56 horas y a estos tiempos de trabajo las niñas añaden las horas que emplean en el trabajo doméstico². Pobreza y desigualdad han sido un patrimonio que las mujeres han heredado durante generaciones de una forma más generosa en cifras que los hombres.

La globalización de la información permite hoy no solo el conocimiento de más datos sobre la situación de las mujeres en el mundo además permite conocer esos datos con más precisión, rapidez y por muchas más personas. El acercamiento a esta realidad desde los derechos humanos es la aportación teórica más importante que el jurista puede realizar, sobre todo para los países en los que los estándares de derechos están por debajo de los umbrales mínimos que los derechos humanos implican³. La comunidad mundial se ha movido lentamente en la búsqueda de soluciones a los problemas de las mujeres, no ha habido consenso entre los países acerca de que la desigualdad por género fuera un tema urgente a resolver en unas coordenadas de justicia. Otras formas de desigualdad, por ejemplo el apartheid, han movilizado más a la comunidad internacional. Los ultrajes sufridos cada día por millones de mujeres, hambre, violencia, abusos sexuales, discriminación etc, no se miran de forma uniforme como un escándalo y la comunidad internacional ha sido muy lenta en el reconocimiento de que estamos delante de violación de derechos humanos. Recientemente por la movilización de la comunidad internacional de mujeres, en sus diversos niveles, se está empezando a ver algunos avances⁴, países como Estados Unidos en los que no se reconocía la posibilidad de los trabajadores de permisos por maternidad o de atención a la familia están cambiando la línea de tendencia. Así tras The Family and Medical Leave Act de 1993⁵ por la que los trabajadores, de empresas de más de 50 empleados, tenían derecho a 12

²Las Conferencias de Nairobi, Beijing Y Nueva York dentro de las Naciones Unidas bajo el título de "La mujer en el año 2000: igualdad de géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI" tratan de abordar la feminización de la pobreza y plantear soluciones desde una cultura de paz.

³Es muy interesante ver en los estudios sobre el tema la necesidad de una elaboración teórica más en profundidad que aporte unos puntos de referencia comunes e innegociables desde todas las culturas, y que permitan crear un suelo globalizado de derechos a las mujeres. Ver AAVV "Women's rights. International feminist perspectives", edit. Peters, J y Wolper, A., Nueva York-Londres, 1995. Ver también Preston, R.C y Ahrens, R.Z. "United Nations Convention Documents in Light of feminist theory", 8 Michigan Journal of Gender and Law, 1, 2001. Volpp, L. "Feminism versus multiculturalism", 101 Columbia Law 1181, University, junio 2001.

⁴Cfr. Nussbaum, M. C. "Women and human development. The capabilities Approach", Cambridge University Press, 2000, 198-199.

⁵La norma es efectiva desde el 6 de enero de 1995., Part. II 60FR 2180.

semanas de permiso no retribuido por maternidad, cuidado de hijos o familiares enfermos sin posibilidad de ser despedidos, el Estado de California ha aprobado⁶ un Family disability insurance dentro de la Disability compensation el derecho de los trabajadores, independientemente de número de empleados de la empresa, a tener 12 semanas de permiso retribuido (con un 55% del salario) conservando el puesto de trabajo por las mismas causas que se recogen en la Ley Federal.

En nuestro país, el texto constitucional es el referente básico a la hora de elaborar políticas sobre igualdad que repercutan en la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado a la familia. El art. 14 CE y 9.2 CE suponen el reconocimiento del principio de igualdad y de no discriminación protegido con las máximas garantías constitucionales sin que ello implique ignorar el profundo divorcio entre la realidad social y laboral de las mujeres y sus derechos reconocidos.

1.2. Corresponsabilidad familiar y política legislativa

Como punto de partida en el análisis de la política legislativa española sobre corresponsabilidad familiar hay que tener presente en primer lugar, los cambios que la familia, como institución social ha tenido en las última décadas que llevan a mantener que hoy no se puede hablar de un único concepto de familia y en segundo lugar, no se puede olvidar que el actual modelo de responsabilidades familiares juega un papel determinante para las mujeres a la hora de insertarse en el mercado de trabajo.

La valoración de la política legislativa sobre corresponsabilidad se puede hacer desde distintos planos el primero de ellos, midiendo la sensibilidad que las tienen hacia ese concepto complejo y plural de familia⁷ y en segundo lugar, centrándose más en que alternativas se pueden manejar para incidir positivamente sobre el trabajo de las mujeres valorando las políticas públicas, no solo legislativas, desde la corresponsabilidad familiar porque no todas las intervenciones de los poderes públicos en favor de la familia tienen como efecto la corresponsabilidad⁸.

⁶SB, nº 1661.

⁷Ver en *Ibidem*, pags 261 y ss. la posición de la autora respecto a la familia como creación del Estado nación.

⁸Sobre políticas públicas de protección a la familia ver Abrahamson, P. y otros "Comparing Social Welfare Systems in Nordic Europe and France", Copenhagen Conference, V. 4, edit. Drees, Paris, 1998, pags 141 a 385; Kautto, M. y otros "Nordic Social Policy" edit. Routledge, London, 1999, pags. 54 a 79; "Social Security Programs throughout the world, 1999", Social Security Administration, Washington, 1999, especialmente capítulos XV y XXIV; López López, T. "La protección a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea", edit. Fundación BBV, Bilbao, 1996, pags. 64 y ss.

El intentar abordar aquí todas estas perspectivas no es posible en un trabajo de estas características y este se centrará en el análisis de como inciden estas políticas legislativas que promocionan la conciliación en el trabajo de las mujeres desde el punto de vista de la igualdad de trato. Esto es, que intensidad legislativa se da a la conciliación de la vida familiar y laboral y quien es quien concilia.

Avanzando la conclusión del trabajo y partiendo de ella para desarrollar el siguiente análisis, hay que comenzar por destacar que la conciliación de trabajo y familia para los hombres y las mujeres no tiene como efecto directo la corresponsabilidad, solo el cambio del actual modelo de atención a la familia es el que puede llevar a este segundo nivel. Se trataría, como ha destacado la doctrina, de reconceptualizar o redefinir la noción de trabajo desde una perspectiva crítica, que se enfrenta con la separación entre la esfera de la producción y la reproducción en la sociedad industrial y mantiene que estas dos esferas son socialmente necesarias y están unidas de forma que solo de forma artificial son separables. En este sentido, se critica la manera de construir conceptualmente los conceptos de trabajo y actividad a través de modelos masculinos, que identifican el trabajo con la prestación de servicios remunerados insertos en un proceso de producción que produce para el mercado bienes y servicios, a través de un empresario o como trabajador autónomo⁹.

En el marco general de referencia de modelos familiares que hay que tener presente a la hora de establecer las reglas de corresponsabilidad, tienen un papel importante cambios que se han producido en la Unión Europea¹⁰ entre otros, el envejecimiento de la población, cambios importantes en la estructura doméstica, aumento del número de mujeres con trabajo remunerado, persistencia de desigualdades y la constatación de que estas desigualdades se reducen con servicios de bienestar social.

De todos los cambios que se apuntado creo, que hay que insistir en los que afectan al tipo de hogar y al tamaño y estructuras familiares, ya que son determinantes para el diseño de las políticas públicas de corresponsabilidad. El panorama general es que hay menos matrimonios, la gente se casa más tarde y el número de divorcios ha aumentado. Los cambios suponen un alejamiento del modelo tradicional de pareja casada con niños, hacia formas domésticas más pequeñas y más cambiantes, tales como parejas sin hijos, personas solteras sin hijos y familias monoparentales. Junto a lo anterior, la mayor

⁹Ver Castillo, JJ, Lahera Sanchez, A., Barañano, M y Castillo, JA, "La sociología del lavoro in Spagna tra due secoli" en "Le ricerche in sociologia del lavoro in Italia e in Europa", Sociologia del lavoro nu. 76 los comentarios sobre la bibliografía en este tema. Sobre division del trabajo en otras culturas ver Poya, M. "Women, Work and Islam. Ideology and resistance in Iran", edit. Zed Books, London- Nueva York, 1999.

¹⁰Ver Comunicacion a la Comision de 1 de marzo del 2000, COM (2000) 82 final, sobre "Tendencias Sociales: perspectives y retos", pags 5-7.

esperanza de vida hace que coincidan dos o tres generaciones y que esto sea cada vez más habitual. Dentro de esta estructura familiar la mujer es en general la que se ocupa de las personas mayores cuando pasan a ser dependientes. Las normas legales juegan un papel determinante a la hora de reconocer derechos a un tipo de familia y no a otras, no todos las personas que forman un núcleo de convivencia con vínculos de afecto tienen el mismo tratamiento legal y la selección de la Ley de un modelo no es neutra ideológicamente¹¹.

2. EL MODELO FRANQUISTA DE EXCEDENCIAS FORZOSAS POR MATRIMONIO Y SU REVISIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. La caracterización del modelo: normas sectoriales y excedencias por matrimonio

Las normas sectoriales fueron un referente clave a la hora de fijar condiciones de trabajo en España durante un larguísimo periodo. No se puede olvidar que durante el periodo franquista el sistema de fuentes era heterónimo pues la ordenación legal de los convenios colectivos no permitía definir la negociación colectiva en términos de autotutela colectiva. La imposición de un sindicato vertical, el control que suponía la homologación de los convenios colectivos eran algunas de las manifestaciones de un modelo de relaciones laborales autoritario. Las normas sectoriales no solo fueron básicas en la ordenación de las condiciones de trabajo durante todo el franquismo sino que prolongaron su vitalidad reguladora hasta 1995.

En la interrelación familia y género, la referencia a las normas sectoriales del franquismo son reflejo de un modelo de apoyo a una determinada formulación de la familia y de los efectos que sobre el trabajo de las mujeres se derivan de esta realidad normativa.

El modelo de familia que promocionaba el franquismo se podía definir como un modelo clásico de familia compuesto por una pareja, hombre y mujer, con hijos y dentro de la cual eran las mujeres las que debían ocuparse del cuidado de los hijos y de las personas ancianas o enfermas. De tal forma estaban enraizados en la sociedad estos valores, que las normas sectoriales expulsaban del mercado de trabajo a las mujeres por el hecho de contraer matrimonio, efecto que no se daba cuando se trataba de un varón. Las normas sectoriales preveían excedencias voluntarias o forzosas por matrimonio, jugando con las indemnizaciones como un factor de compensación de estas expulsiones del mercado de trabajo. Las mujeres podían recuperar sus puestos de trabajo solo cuando el marido, por enfermedad o fallecimiento, dejaba

¹¹ Ver Nussbaum, M.C., "Sex and justice" Orford University Press, 1999.

su espacio como cabeza de familia. Así se establecía por ejemplo que “el personal femenino afectado por esta Ordenanza, al contraer matrimonio tendrá derecho a optar entre continuar trabajando en la empresa o rescindir su contrato, con percibo de una indemnización”. Solo si renunciaba a esta indemnización se tenía derecho a reingresar en la empresa¹².

El modelo incardinado dentro de una dictadura que partía del rechazo del conflicto social y del reconocimiento de una única realidad, no de diferentes realidades, solo concebía la familia tradicional y con un papel dominante del nivel reproductivo para las mujeres.

2.2. La revisión constitucional de las excedencias por matrimonio

El paso de un modelo de dictadura a un modelo democrático se vio acompañado de importantes cambios en la familia y en el papel que dentro de esta podían tener las mujeres. Es en este contexto en el que hay que valorar los efectos que la aplicación de estas normas sectoriales han tenido para las mujeres.

Las excedencias por matrimonio fueron depuradas por la jurisprudencia constitucional que mantuvo su carácter discriminatorio y permitió a las mujeres recuperar sus puestos de trabajo¹³, siempre que se hubieran respetado los plazos y la acción no hubiere prescrito¹⁴.

El Tribunal Constitucional revisó la constitucionalidad de estas normas sectoriales considerándolas discriminatorias porque perpetuaban y reproducían, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina, partiendo de presupuestos como la inferioridad física o una mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares de parte de la mujer (STCo 128/87). Estas normas, continua el Tco, respondían a una orientación normativa muy concreta, la de “liberar a la mujer casada “ del trabajo, facilitándose la vuelta al hogar a través de medidas que desincentivaban la permanencia en el empleo cuando contraía matrimonio. Es claro, continuaba el Tribunal, que una norma que reunía todas las características descritas y aunque se tipificaba aparentemente como una norma protectora, ha de ser calificada como discriminatoria.

¹² Ver. Art. 56 de la Ordenanza de Trabajo para las empresas de Seguros y Capitalización, OM de 14 de mayo de 1970, BOE de 10 de junio.

¹³ Ver por todas SSTCo de 14 de febrero de 1983 (BOE de 9 de marzo de 1983), de 4 de marzo de 1983 (BOE de 12 de abril de 1983) y 28 de noviembre de 1994 (BOE de 28 de diciembre de 1994). Ver también Galiana Moreno, J. “No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Constitucional” en REDT num. 14, 1983 y Fernández López, MF “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, RL nums. 3 y 4.

¹⁴ El Tco se manifiesta manteniendo que, en materia de derechos fundamentales el ordenamiento puede limitar temporalmente la vida de la acción dirigida a reparar la lesión sufrida estableciendo un plazo de ejercicio de la reclamación, ver en este sentido SSTCo de 23 de febrero de 1983 (BOE de 23 de marzo de 1983) y de 15 de febrero de 1993 (BOE de 22 de marzo de 1993).

Las referencias de la doctrina constitucional se centran en el art. 14 y el art. 10.2 CE. El Tco dentro de este contexto normativo afirma que la exclusión de la discriminación por razón de sexo se basa en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (STCo 128/87).

La jurisprudencia constitucional exige una justificación reforzada cuando se pretende una diferencia de trato basándose en el género¹⁵. La consideración del género como factor diferencial plantea peculiaridades específicas, pues, generalmente en la prohibición de discriminación por este motivo la mujer resulta ser el sujeto protegido (STCo 229/92). Así, el Tco exige analizar la función del pretendido privilegio, para evitar el riesgo de que su apariencia favorable oculte un resultado contrario a la igualdad sustancial, con la que se encuentra directamente relacionada la prohibición de discriminación. Las normas comunitarias imponen a los Estados miembros la necesidad de prestar una particular atención a la fundamentación de las medidas tutelares de la mujer, cuando el deseo de protección que las inspire en un principio no tenga ya razón de ser. Por ello hay que valorar la legitimidad de la medida, teniendo presente que no sea contraria al principio de igualdad de trato y que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados y que no sean admisibles en cuanto, a través de este instrumento, consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona.

Las excedencias forzosas por matrimonio se formularon dentro de un contexto delimitado por un modelo social que tenía como objetivo la expulsión de las mujeres del mercado de trabajo y asegurar que las tareas principales a las que atenderían las mujeres serían las domésticas y de cuidado de la familia.

El Tco se pronunció sobre las excedencias por matrimonio y mantuvo que producían como resultado la pérdida de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, pues incentivaban la interrupción de la carrera profesional de la mujer, que quedaba irremediablemente cortada a no ser que se convirtiera en cabeza de familia, potenciándose así la desocupación femenina y la menor integración de las mujeres en el mundo del trabajo (STCo 128/87).

Estas excedencias por matrimonio, continua la jurisprudencia constitucional, claramente han perdido su razón de ser en una sociedad como la actual y en un ordenamiento que propugna como valor superior el de igualdad (art. 1 CE), prohíbe la perpetuación o fomento de la desigualdad discriminatoria incluida la indirecta (art. 14 CE) y eleva su propósito al máximo nivel de tutela dispensado en nuestro Derecho a los derechos fundamentales (STC 128/87).

¹⁵ Ver SSTCo 128/87, 241/88, 148/90 y 145/91 entre otras.

Por otro lado, como se pretendía en alguna demanda de amparo, no sería posible subsanar el carácter discriminatorio de la norma mediante la extensión del pretendido privilegio a los varones. La inconstitucionalidad de una norma por omisión solo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto aspectos no contemplados por ella¹⁶. Las normas reglamentarias, que establecen, mantiene el Tco, excedencias por matrimonio para las mujeres, no son contrarias al art. 14 CE por excluir de su texto a los varones, sino por someter a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que directamente conduce a consolidar su expulsión del mercado de trabajo, así como a perpetuar la situación de desventaja en el acceso y en el mantenimiento del puesto de trabajo característica de este colectivo. De ahí que carezca de sentido pretender la extensión de un aparente privilegio que es contrario al mandato constitucional de igualdad (STCo 3/93). La bilateralización de la medida (STCo 229/92) solo tendría un alcance formal que todo lo más conduciría a hacer encubierta u oculta una discriminación que, en la redacción original de la Ordenanza, era abierta.

En resumen el Tco las califica como normas protectoras que ahora ya no tienen razón de ser y que a la luz de la Constitución, no es admisible que se extiendan a los varones estas excedencias por matrimonio para subsanar la discriminación.

Una vez declaradas discriminatorias las normas sectoriales, el Tco reconoció a las mujeres que fueron expulsadas del mercado de trabajo por esta vía, la posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo sin que esta reincorporación supusiera el reconocimiento de otros derechos, como por ejemplo el de antigüedad o los de computo de periodos de cotización a efectos de Seguridad Social.

En esta línea, el Tco mantuvo que el texto constitucional mira a futuro y puede afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes validas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución, siempre que dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, lo que implica que se impone como límite la irreversibilidad de este pasado en función de la seguridad jurídica¹⁷. No tienen por tanto derecho a que se les reconozca estos periodos como antigüedad.

Esta línea argumental sirve de base para denegar también efectos en el ámbito de la Seguridad Social. En este sentido se mantiene, por el TCO, que

¹⁶ Ver, entre otras, SSTCo 24/82, 74/87 y 45/89.

¹⁷ En este sentido ver STCo de 11 de noviembre de 1982 (BOE de 10 de diciembre de 1982) que deniega el amparo a los efectos de computo de la antigüedad de las trabajadoras desde el momento de la excedencia. Ver también Auto de 2 de octubre de 1985 (num. 656/1985) y de 20 de enero de 1988 (nu. 85/88).

los periodos de excedencia forzosa por matrimonio agotaron sus efectos con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución española y no se puede exigir, a los órganos del poder judicial que creen obligaciones de índole tributaria de naturaleza pública a las empresas y condicionen el obrar y la responsabilidad de la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ya que esto solo se puede hacer por la Ley¹⁸.

El resultado es que las mujeres que en su día fueron expulsadas del mercado de trabajo porque contrajeron matrimonio aunque se les reconoce el derecho a reincorporarse a sus puestos de trabajo pero sin derechos de antigüedad, ni computo de cotizaciones a la Seguridad Social. La falta de cómputo de cotizaciones dificulta que estas mujeres puedan cumplir los periodos mínimos para acceder a una pensión de jubilación, lo que a su vez, actúa como desincentivo a la reincorporación al mercado de trabajo.

3. LA CONCILIACIÓN COMO VALOR DE ORDENACIÓN DEL REPARTO DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES: SU INSUFICIENCIA COMO MOTOR DINAMIZADOR IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

3.1. Las normas comunitarias como marco de referencia de una conciliación en clave de corresponsabilidad familiar. La exportación desde la construcción de la no discriminación por género del concepto de acoso

a) La Directiva sobre igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras

Los trazados de un modelo de atención a la familia basada en la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres es difícil de crear sin el soporte que las normas comunitarias aportan. Estas normas comunitarias alertan sobre la necesidad de atender a las distintas manifestaciones que el principio de igualdad tiene a la hora de elaborar políticas públicas en esta materia. El punto de referencia inicial ha de ser el art. 141.3 del Tratado que hace referencia específica a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Las referencias comunitarias que hay que tener presente a la hora de poner en marcha políticas de corresponsabilidad familiar se estructuran en torno a en primer lugar, la Directiva de 10 de febrero de 1975, sobre igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras¹⁹ que desarrolló el art. 119 TR; en segundo lugar, la Directiva de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad de trato

¹⁸ Ver SSTCo de 20 de junio de 1994 (BOE de 20 de junio de 1994), 25 de noviembre de 1996 (BOE de 3 de enero de 1997).

¹⁹ DOCE de 19 de febrero de 1975.

entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo modificada por la Directiva de 23 de septiembre del 2002²⁰ y en tercer lugar, las Directivas de 19 de diciembre de 1978, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social²¹ y de 24 de Julio de 1986 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social²².

Es una realidad que las mujeres tienen una presencia menor en el mercado de trabajo que los hombres, tienen condiciones precarias de empleo y salen del mercado de trabajo porque el modelo social les impone que sean ellas las que en la mayoría de los casos atienden a la familia, esto es a los hijos y a las personas ancianas o enfermas²³. El desempleo afecta a las mujeres, especialmente a las más jóvenes, más y durante más tiempo que a los hombres, las mujeres ocupan el escalón inferior de un mercado segregado, desempeñan puestos de escasa autoridad y se les discrimina salarialmente²⁴. La maternidad y un débil nivel formativo penalizan a las mujeres dentro del mercado de trabajo, así la segmentación del mercado de trabajo es más neta en el caso de padres que trabajan y que tienen una formación baja²⁵.

La normativa comunitaria desde los años 70' empezó a poner en marcha directivas que trataban de atacar el problema en sus raíces en la línea que a continuación se va a apuntar y que proyectadas en futuro permiten, en mi opinión, construir un modelo de política legislativa basado en la corresponsabilidad en la atención a la familia. La corresponsabilidad de hombres y mujeres en las tareas familiares no existirá mientras continúe la discriminación salarial, en condiciones de trabajo y en Seguridad Social ya que esta situación implica que la mujer, que cobra menos o no va a poder llegar a cumplir los requisitos de acceso a las prestaciones, se quedara en casa a cuidar de la familia o se insertara en puestos de trabajo siempre compatibles con las tareas domésticas.

Las normas comunitarias en materia de igualdad pueden ayudar a ir trazando las referencias de un modelo de corresponsabilidad familiar. Una primera referencia sería la Directiva de 10 de febrero de 1975, sobre el principio de igualdad de retribución. Enraizada esta norma en el art. 119TR supone el intento normativo de cortar uno de los principales focos, no solo de la situación precaria de las mujeres en el mercado de trabajo sino también, uno de los factores

²⁰ DOCE de 14 de febrero de 1976 y de 5 de octubre del 2002.

²¹ DOCE de 10 de enero de 1979.

²² DOCE de 12 de agosto de 1986.

²³ Ver sobre la situación de las mujeres en el mercado de trabajo en la Unión Europea "Perspectives de l'emploi de l'OCDE", Juillet, 2002, pags. 67 a 125.

²⁴ Ver "La situación de la mujer..." op.cit., Capítulo 5.

²⁵ Ver "Perspectives..." op.cit., pag. 120.

más importantes de expulsión de las mujeres de aquel, sobre todo cuando las mujeres tienen cargas familiares. La falta de una red adecuada de servicios públicos de guardería, de cuidado de ancianos o enfermos provoca que cuando la mujer no solo cobra salarios bajos sino más bajos que el marido, sea esta la que renuncia a trabajar, cuando hay exigencia de cuidar a la familia. La mujer entra así en un ciclo marcado por el trabajo reproductivo y de atención a los ancianos y enfermos de la familia y de paso solventa el déficit de servicios públicos²⁶, lo que se ha denominado la feminización de la Seguridad Social.

La Directiva supuso, no se puede dejar de destacar que estamos ante una norma comunitaria de 1975, un gran paso dentro de la Unión europea para eliminar la discriminación salarial. Su art. 1 prohíbe la discriminación salarial para trabajos de igual valor. El concepto de salario que maneja la norma es amplio e inclusivo al entender dentro del concepto cualquier elemento o condición de la retribución. La definición es más próxima a la noción de remuneración que de salario.

La norma trata de avanzar en todos los ámbitos posibles a la hora de eliminar la discriminación salarial, así prohíbe las discriminaciones tanto directas como indirectas²⁷ tanto si se incluyen en las normas legales, reglamentos, convenios colectivos o acuerdos salariales²⁸. Por otra parte, la jurisprudencia

²⁶ Ver Wichterich, "The globalized woman. Reports from a future of inequality", edit Zed Books, London-Nueva York, 2000, especialmente el capítulo sobre the sweeper women of structural adjustment or the feminization of la Seguridad Social.

²⁷ Como ejemplo de discriminación indirecta, la STJCEE de 9 de septiembre de 1999 (Asunto C-281/97) estableció que el art. 119 TR (ahora 136 a 143 CE) debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación indirecta, por razón de sexo, el hecho de que las personas que ejerzan actividades por cuenta ajena con un horario inferior a quince horas semanales y una retribución normal que no supera una determinada fracción de la base mensual de referencia y que, por ello, están exentas del seguro social obligatorio, queden excluidas por convenio colectivo de la concesión de una prima especial anual, prevista por este, que se aplica con independencia del sexo del trabajador, pero que afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres.

²⁸ Sobre discriminación salarial y género ver: Perlman, R. y Pike, M. "Sex discrimination in the labor market. The case for comparable work", Manchester University Press, 1994; "Sex discrimination issues", US Equal Opportunity Commission, Technical Assistance Program, 1998; McCologan, A. "Just wages for women", Clarendon Press, Oxford University Press, NY, 1997; Pérez del Río, T. "La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la STC sobre el asunto Fontaneda", TL num. 38 y "La problemática salarial en la negociación colectiva" RDS num.3, 1998; Prados de Reyes, F. "Igualdad de remuneración por razón de sexo y trabajo de igual valor en la Ley 11/94, AL num. 31, 1994; Quintanilla Navarro, B. "El principio de igualdad de retribución en el Tratado de la Unión Europea de Maastricht", AD, nums. 22 y 23, 1992; "Discriminación retributiva por razón de sexo y negociación colectiva", ST, num. 20, 1994, "Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo", edit. Marcial Pons, 1996; Rubery, J. "Equal Pay in Europe? Closing the gender wage gap" International Labour Office, McMillan, London, 1997; López López, J. y Chacartegui Javea, C. "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo" REDT num. 99, 2000.

comunitaria ha mantenido que el art. 141 CE, apartado 1, no hay nada que indique que esta disposición solo sea aplicable cuando los hombres y mujeres trabajen para diferentes empresarios²⁹.

El planteamiento que hace la norma comunitaria es, en mi opinión, muy acertado ya que conecta el tema de discriminación salarial con los sistemas de clasificación profesional, esto supone fijar la atención en uno de los principales focos de discriminación salarial a las mujeres, ya que los salarios se proyectan sobre unos sistemas de clasificación profesional repletos de factores de valoración de los puestos de trabajo que discriminan a las mujeres.

La Directiva que aquí se está comentando, recuerda por otra parte a los Estados miembros la necesidad de articular una tutela judicial efectiva frente a la discriminación salarial así como derechos de información, que es lo que permitirá que las normas sean efectivas en la eliminación de la discriminación salarial.

La existencia de una violación permanente de las normas que prohíben la discriminación salarial, sobre todo por los convenios colectivos, provocó que la Unión europea elaborara un Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor, que actúa como una buena práctica tratando de poner en marcha un Plan de Acción³⁰.

La necesidad de eliminar la discriminación salarial es, en mi opinión, uno de los aspectos que exigen mayor atención, por las razones apuntadas, cara a un cambio en el modelo actual de corresponsabilidad familiar.

La Directiva tiene una clara motivación evitar las distorsiones competenciales que la discriminación salarial por género provoca en el mercado común pero provoca un efecto spill over de recorte de las desigualdades motivadas por género.

La jurisprudencia del TJCEE sobre el principio de no discriminación salarial ha sido determinante en toda la evolución del modelo social comunitario y es además un ejemplo muy claro, como se está viendo, de interconexión entre las diferentes normas comunitarias sobre igualdad de trato.

b) La Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo

Una segunda referencia que hay que destacar es la Directiva que consagra la igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo.

En la versión de la Directiva del 2002 se establece que los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y

²⁹ Ver STJCEE de 17 de septiembre del 2002, C-320/00.

³⁰ De 18 de Julio de 1996.

administrativas, así como políticas y actividades en el acceso al empleo, incluida la promoción, la formación profesional, las condiciones de trabajo y de seguridad social.

Como la Directiva sobre igualdad de retribución, la norma comunitaria que aquí se comenta tiene una clara vocación expansiva. Así en primer lugar, el principio de igualdad de trato se proyecta sobre todos los posibles momentos en los se puede dar la discriminación.

En segundo lugar, el nuevo art. 2 de la Directiva entiende que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa³¹ o indirecta³² por razón de sexo y en particular al estado matrimonial o familiar. Esta última referencia es importante de destacar a la hora de diseñar políticas de corresponsabilidad familiar en clave de igualdad de trato.

Junto a las definiciones de discriminación directa e indirecta se recoge la prohibición tanto del acoso (entendido como la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito de atentar contra dignidad creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo), como del acoso sexual (definido como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito de atentar contra la dignidad de una persona y creando un entorno de las mismas características que el anterior) lo que supone un paso más en la ampliación de los espacios prohibidos por el juego del principio de igualdad de trato³³. La Directiva 2002/73 destaca que el acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir dichos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación.

³¹ Un ejemplo reciente en la jurisprudencia es la STJCCCE de 11 de enero del 2000 (asunto C-258/98) declaro como opuesto a la Directiva el que una disposición nacional excluyera de forma general a las mujeres de los empleos militares que impliquen uso de armas y que solo se autorizara su acceso las unidades sanitarias y de musica.

³² Para determinar si existe una discriminación indirecta en por razón de sexo, en los litigios sobre igualdad de trato, hay que valorar individualmente cada uno de los elementos que caracterizan las condiciones de ejercicio de la actividad profesional establecidos en la normativa controvertida. Las consideraciones de indole presupuestaria no pueden justificar por si solas una discriminación por razón de sexo, ver STJCCCE de 6 de abril del 2000, asunto C-226/98.

³³ Ver sobre igualdad de trato y género: "The working women count honor roll report: a selection of programs and policies that make work better" U.S Dep. Of Labor, Women's Bureau, Washington, 1996; AAVV (coordinador Cruz Villalon, J) "La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral" edit. Aranzadi, 1977; Ortiz Lallana, C. "Igualdad de trato por razon de sexo, un estudio especial" AL, nums. 13 y 14, 1988; "Igualdad de trato por razon de sexo, un estudio de discriminaciones indirectas por razon de sexo en el ordenamiento comunitario y en Espana (a proposito de la STJCE de 1 de Julio de 1986)" REDT num. 29, 1987.

Es muy interesante ver como la formulación del acoso ha ido evolucionando desde una definición de acoso sexual a una definición mucho mas amplia, cara a eliminar medios intimidatorios o hostiles y ha pasado desde el género a otras causas de discriminación como la étnia, la edad, la minusvalía o la orientación sexual.

La interconexión entre las normas comunitarias sobre igualdad de trato es permanente así se establece en la 2002/73 por un lado, que las definiciones que de discriminación directa e indirecta que se incluyen van en la línea de las establecidas por la Directivas 2000/43 y 2000/48 y por otro, que todo trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85 constituirá discriminación³⁴.

Por último es importante destacar que la Directiva 2002/73 trata de implicar más a los empresarios en las políticas de igualdad y así establece que los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales alentarán a los empresarios y a los responsables de acceso a la formación a adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de género y en particular el acoso y el acoso sexual y deberán presentar información a los empleados y/o a sus representantes sobre la igualdad de trato de mujeres y hombres en la empresa.

c) Las Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social

La igualdad de trato en materia de Seguridad Social es una referencia ineludible a la hora de avanzar en políticas de igualdad que preparen el terreno a una corresponsabilidad de hombres y mujeres en las tareas domésticas y de cuidado a la familia. Es importante destacar que la discriminación salarial y las peores condiciones de empleo de las mujeres tienen además unas repercusiones negativas sobre los derechos de Seguridad Social.

La Directiva 79/7, como ocurría con las otras normas comunitarias mencionadas anteriormente, tiene una clara vocación expansiva que tiene distintas manifestaciones. La norma comunitaria diseña su campo de aplicación sobre el concepto de la protección social, llevando por tanto el principio de igualdad a este espacio. La norma comunitaria mantiene que el principio de igualdad se aplicara a los regímenes legales que aseguren una protección

³⁴En STJCEE de 4 de octubre del 2001 (asunto C-438/99) el Tribunal entro en materia de proteccion de las mujeres embarazadas a valorar el efecto directo de la Directiva 92/85 y mantuvo que el art. 10 de la Directiva 92/85 produce efecto directo y tras mantener que la prohibicion de despido, prevista en dicho articulo, se aplica a los contratos por tiempo indefinido y a los temporales en la medida en que la falta de renovacion de un contrato de duracion determinada este motivado por el embarazo de la trabajadora constituye una discriminacion directa contraria a la Directiva

contra la enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo así como las disposiciones relativas a ayudas sociales, cuando estas últimas complementen los anteriores.

En esta misma línea su ámbito de aplicación subjetivo es muy amplio. Así, la norma mantiene que se aplicara a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, a los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que buscan empleo así como a los trabajadores que sufren invalidez. La noción que se utiliza de beneficiario es extensa.

Otra de las manifestaciones de la línea de tendencia de ampliación de ámbito de actuación de la norma viene marcada por las definiciones que en ella se contienen. Así, la Directiva al definir el principio de igualdad de trato mantiene que, supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, con especial atención al estado matrimonial o familiar y que de forma específica se centre en: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones, el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a prestaciones³⁵.

De forma complementaria con la anterior, la Directiva 87/378 desarrolla el principio de igualdad de trato dentro de los regímenes profesionales de Seguridad Social no regulados por la 79/7, siempre que su finalidad sea proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena o autónomos, encuadrados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama o sector, prestaciones destinadas a complementar las prestaciones de los regímenes de legales de la Seguridad Social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuera obligatoria o facultativa.

Como puntos más importantes a destacar de la Directiva 86/378 a los efectos que aquí interesan, sería por un lado resaltar que la norma al definir el principio de igualdad de trato establece que implicara la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, en especial con relación al estado matrimonial o familiar en relación al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones, el cálculo de las prestaciones, incluidos los

³⁵ Los límites de principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social respecto a la edad en la STJCE de 23 de mayo del 2000 (Asunto C-104/1998), en la que el Tribunal ha matenido que la excepción prevista en el art. 7, apartado 1, letra a) de la Directiva 79/7 de 19 de diciembre, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social debe interpretarse, en el sentido, de que no se aplica a una prestación como la pensión de vejez anticipada por invalidez, para la que existe un requisito de edad diferente según el sexo introducido por la normativa nacional después del plazo de adaptación del derecho interno a la Directiva.

aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a prestaciones. Es contrario al principio de igualdad de trato, establece la norma comunitaria, interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los periodos de licencia por maternidad o de licencia por razones familiares, previstos legal o convencionalmente y remunerados por el empresario.

En el desarrollo del principio de igualdad la Directiva 97/80, de 15 de diciembre relativa a al carga de la prueba es otra importante referencia para completar todo el análisis anterior. Esta norma comunitaria establece en el art. 4 que los Estados miembros adoptaran con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales, las medidas necesarias para que, cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato y presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

Todo este conjunto de normas comunitarias que hasta aquí se han tratado abren una serie de importantes cuestiones al análisis y suponen unas bases firmes sobre las que construir un modelo social basado en la igualdad. Plantearse la corresponsabilidad como un valor autónomo a nivel legal, de otras manifestaciones del principio de igualdad supone vaciar de contenido el concepto, ya que se trata de cambiar la inercia que lleva a las mujeres a responsabilizarse de las cargas familiares y la conexión que todas las manifestaciones del principio de igualdad de trato tienen se va muy claramente en la jurisprudencia comunitaria. Algunos ejemplos pueden servir para confirmar esta afirmación.

Así el TJCEE ha establecido de forma reiterada que el concepto de retribución, tal y como esta delimitado en el art. 119TR no incluye los regímenes o prestaciones de Seguridad Social directamente regulados por la ley. Por el contrario, las prestaciones reconocidas con arreglo a un régimen de pensiones que varían, esencialmente, en función del empleo que ocupaba el interesado, están vinculadas a la retribución que percibía esta último y están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del art. 119TR³⁶.

Así conectando la no discriminación salarial y la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, la STJCE 17 abril 1997 (Asunto C-147/1995) mantiene que el artículo 119 del Tratado se opone a la aplicación de una disposición nacional que supedita la obtención por los viudos de una pensión incluida en el concepto de retribución en el sentido de ese mismo artículo a requisitos especiales que no se exijan a las viudas y ninguna norma de Derecho comunitario puede justificar que se mantenga en vigor dicha disposición.

³⁶ Ver STJCEE de 12 de septiembre del 2002, asunto 351/00 y todas las allí citadas.

En esta misma línea de conexión, el Tribunal dictó las Sentencias Vroege (Asunto C-57/93) y Fisscher (asunto C-128/93) el 28 de septiembre de 1994 y declaró, al hilo de resolver un tema de participación de trabajadores a tiempo parcial en un Plan de Pensiones, que el derecho a participar en un Plan de Pensiones de Empresa entra dentro del ámbito de aplicación del art. 119TR y que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial, de la participación en estos Planes, constituye una discriminación indirecta contraria al art. 119 TR si afecta aun numero mucho mas elevado de mujeres que de hombres, a menos que el empresario demuestre que se debe a factores objetivos³⁷.

Otra referencia más sería la STJCCCE de 28 de octubre de 1999 (asunto C-187/98). En esta se condena a la Republica Helenica por incumplimiento de las obligaciones que le incumben por el art. 119TR y la Directiva 75/117 79/7 al no haber suprimido con efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor en Grecia de dichas disposiciones del Derecho comunitario, las normas que para la concesión a los trabajadores de prestaciones familiares o de la asignación por matrimonio, computadas para determinar el importe de las retribuciones que dan derecho a la pensión, imponen a las trabajadoras casadas requisitos especiales que no imponen a los trabajadores de sexo masculino casados.

Como últimos ejemplos en la interconexión entre la no discriminación salarial y el principio de igualdad de trato, el TJCCEE en Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (Asunto C-218/98) estableció que el principio de igualdad de retribución no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación este destinadas a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas. Declaro asimismo que vulnera el principio de igualdad de retribución una disposición que establece una exclusión de la bonificación para el cálculo de pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos³⁸.

³⁷La STJCCCE de 10 de febrero del 2000 (Asunto C-234/96 y 235/96 y 270/1997 y 271/97), tras recoger la línea interpretativa de las anteriores sentencias citadas establece que, en el derecho comunitario y en especial el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y el art. 119 TR no se opone a las disposiciones de un Estado miembros que enuncian un principio de igualdad en virtud del cual, los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a participar con carácter retroactivo en un plan de pensiones de empresa y a percibir una pensión sobre la base de dicho plan, a pesar del riesgo de distorsión en la competencia entre operadores económicos de los distintos Estados miembros en perjuicio de los empresarios establecidos en el primer Estado miembro.

³⁸Ver STJCCCE de 29 de noviembre del 2001, C-366/99.

3.2. Política legislativa de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en España

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre³⁹, que modificó el Estatuto de los Trabajadores, supone la puesta en marcha de una serie de medidas legales cara a lo que la propia norma denomina conciliación de la vida laboral y familiar. La Ley nace al mismo tiempo que otras normas que con parecidos objetivos se promulgan en otros Estados miembros y que obedecen al intento de dinamizar políticas de apoyo a la familia⁴⁰. En España y dentro del desarrollo del art. 39 CE, que impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, se han puesto en marcha otras medidas que no mejoran mucho la deficiente situación actual⁴¹. Si se focaliza la atención en los cambios que la Ley 39/1999 supuso, para valorar la política legislativa en materia de corresponsabilidad de hombres y mujeres en la vida familiar hay que entrar en su Exposición de Motivos, para entender que es lo que la norma pretendía.

La Ley 39/1999 parte en su Exposición de Motivos de dos preceptos constitucionales, el art. 14 CE sobre derecho de igualdad y el art. 9.2CE que atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que dificulten la igualdad real de los individuos.

De la Exposición de Motivos de la Ley se extrae que la Ley se inserta dentro de una política legislativa impuesta por las normas internacionales y comunitarias, de forma más concreta transpone la Directiva 92/185 sobre salud y maternidad y la 96/34, sobre permiso parental. La primera de las Directivas citada regula la salud y la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada y segunda norma comunitaria mencionada, sobre permiso parental, prevé la posibilidad de ausencia del trabajo por diferentes motivos como medio de conciliar la vida familiar y laboral en algunos supuestos.

La Ley 39/1999 se sitúa como una respuesta a lo que califica uno de los cambios sociales más profundos de este siglo: la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, lo que genera la necesidad de configurar un nuevo sistema de que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas.

³⁹ BOE de 6 de diciembre de 1999.

⁴⁰ Ver Legge de 8 de marzo del 2000, num. 53, “Disposizioni per il sostegno della maternita e della paternita, per el diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi della cita”, *Gazetta Ufficiale* n. 60, del 13 de marzo del 2000.

⁴¹ Así el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero sobre determinadas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social pero la actualización llevada a cabo por su art. 1 continúa colocando nuestro sistema muy por debajo de la media europea.

Una primera crítica fuerte a la Ley 39/1999 es que la corresponsabilidad no se debe afrontar como una necesidad de suplir el puesto de mujeres que están en el mercado de trabajo, la corresponsabilidad se ha de abordar desde claves de igualdad de derechos de hombres y mujeres, trabajen o no. Este planteamiento inicial erróneo de la norma se vera luego reflejado en el texto normativo.

Desde el reto que al Derecho del Trabajo y los actores sociales supone la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el planteamiento de como la política legislativa debe dar respuesta a las nuevas relaciones sociales que esta situación esta generando, se puede hacer desde dos puntos de partida uno el de la corresponsabilidad y aquí es valida la definición que de esta la Ley 39/1999 hace como “un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada”. Otro punto de partida es desde la conciliación que, en los parámetros actuales de referencia implica más bien facilitar a las mujeres que asuman una doble responsabilidad en los ámbitos doméstico y de mercado de trabajo, reproductivo y productivo en terminología clásica. La conciliación entre trabajo y familia no implica y menos en un escenario como el actual la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres y desde luego lo que no implica, muy claramente, es un planteamiento desde la igualdad. La propia Ley en su Exposición de Motivos parte de su insuficiencia ya que mantiene que, la problemática que la conciliación familiar plantea es difícil y compleja y debe abordarse no solo con importantes reformas legislativas, sino además con la promoción de servicios de atención a las personas en un marco más amplio de atención a la familia.

El análisis de las modificaciones puestas en marcha por la Ley 39/1999 se hacer, en mi opinión, tomando como hilo conductor los valores de conciliación y corresponsabilidad esto, analizando su contenido y viendo si se prima mas técnicas de conciliación o de corresponsabilidad familiar.

Los contenidos de la Ley se plantean con la filosofía, según se recoge en su texto, de introducir cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores, puedan participar en la vida familiar dando un paso adelante en el camino hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Se trata de guardar, continua la norma, un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo.

Un primer conjunto de modificaciones que se ponen en marcha por la norma son: los permisos retribuidos para atender la situación familiar que genera la maternidad, la paternidad y el cuidado de la familia. Aquí se modifica el art. 37 ET y en su apartado 3.b) se reconoce el derecho a dos días de permiso retribuido por nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando por tal motivo el trabajador necesite realizar un desplazamiento el permiso puede ser de cuatro días. Se trata de un derecho de carácter individual y al no preverse nada mas en la norma, como

si se hace para otros casos, se puede ejercer de forma simultánea por los trabajadores y trabajadoras, aunque trabajen en la misma empresa. En este punto la norma legal permite la corresponsabilidad ya que permite al padre y la madre, atender al recién nacido o responder a necesidades familiares nacidas de enfermedades graves de parientes, organizando el permiso de forma alternativa, simultánea o sucesiva. Sobre todo no exige que los dos trabajen para que uno de ellos pueda disfrutar del derecho.

Dentro de los permisos retribuidos y con el objetivo de atender la lactancia del recién nacido, se establece en el art. 37.4ET que las mujeres por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que la mujer podrá dividir en dos fracciones. La mujer podrá sustituir ese derecho por una reducción de la jornada en media hora con la misma finalidad. La Ley hasta aquí es una norma de conciliación unilateral, permite a las mujeres conciliar algo mejor la lactancia con el puesto de trabajo. Más adelante la norma establece que este permiso podrá ser disfrutado por el padre o por la madre indistintamente, en caso de que ambos trabajen. Este requisito tiene unos efectos nefastos dentro de una política legislativa que pretende la corresponsabilidad familiar porque si alguno de los dos, el padre o la madre, no trabaja se elimina para el otro la posibilidad de tener derecho a este permiso retribuido. Se parte por tanto de que si la madre no trabaja el padre no tiene derecho no ya a una corresponsabilidad de tareas con la madre, no tiene ni siquiera en derecho de conciliar su vida profesional y familiar.

La Ley 12/2001, de 9 de Julio, en su disposición adicional octava introduce un apartado cuarto bis para los casos de nacimiento 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 una hora. Asimismo tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta el máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. El padre o la madre aparecen como alternativos.

El art. 37.5 ET para atender al cuidado de menores, de disminuidos o de familiares ancianos o enfermos se abre por la Ley la posibilidad de reducción de la jornada. Así se establece que quienes por razón de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o un disminuido físico, psíquico o sensorial, siempre que no desempeñe una actividad retribuida, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien 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 que no desempeñe actividad retribuida. 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 en el funcionamiento de la empresa.

Sobre estas reducciones de jornada y su ordenación legal habría que mantener que la Ley ha sido muy desafortunada al imponer como requisito que existe este derecho de reducción de jornada cuando las personas disminuidas, enfermas o ancianas que han de ser atendidas no desempeñen una actividad retribuida. Aquí la norma legal olvida la situación de necesidad que la familia esta atendiendo, siendo claramente una medida que no solo no facilita la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, sino que además atenta contra el derecho de inserción laboral de las personas con disminución psíquica o física. Por otra parte, el empresario es el que aparece en la Ley como sujeto legitimado para limitar el derecho cuando hay varios trabajadores de la misma empresa, siendo esta técnica normativa inadecuada, en todo caso no podrán ejercer simultáneamente el derecho los trabajadores por razones que afectan al funcionamiento de la empresa pero no puede ser, que el empresario sea el encargado de administrar el ejercicio de un derecho que se enraíza de una forma tan clara en la vida privada del trabajador.

La Ley recoge también la posibilidad de excedencias por cuidado de familiares, como fórmula que completa las de reducción de jornada y que permiten una mayor dedicación, en un periodo de la vida, a las tareas de atención a la familia.

La formulación de la norma es que los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto lo sea por naturaleza como por adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo a contra desde el nacimiento o en su caso la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a un año, salvo mejora por la negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o de afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe tareas retribuidas. La misma valoración crítica que se ha hecho anteriormente sobre el requisito de que la persona dependiente no trabaje hay que repetir aquí.

Los periodos en los que el trabajador se encuentre en excedencia por estas causas, serán computables a efectos de antigüedad y podrán asistir a cursos de formación. Durante el primer año los trabajadores tendrán derecho a la reserva de puesto de trabajo y transcurrido dicho plazo, la reserva será para un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional.

Otra de las medidas que se recoge en la redacción actual del Estatuto de los Trabajadores es la suspensión con reserva de puesto de trabajo en los supuestos de nacimiento de hijo en su art. 48.4. Así se establece que en el caso de parto la suspensión tendrá una duración de 16 semanas, que se disfrutaran de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas mas por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la tota-

lidad o en su caso de la parte que reste del periodo de suspensión. La titularidad del derecho corresponde a la madre y la finalidad es que se recupere después del parto. Sin perjuicio de las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio, la madre al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con la madre, salvo que su reincorporación suponga un riesgo para su salud.

La posibilidad de disfrute simultáneo de la suspensión por el padre y la madre es, en mi opinión, una buena fórmula de fomentar la corresponsabilidad que en algunos casos es bueno que asegure la presencia del padre y de la madre al mismo tiempo. Pero junto a esta valoración, de nuevo, la exigencia en el precepto de que ambos trabajen obliga a repetir las mismas críticas que se han hecho anteriormente. Este tipo de exigencias dan las pinceladas del modelo de familia que se está realmente promocionando, si la mujer no trabaja tiene que cuidar irremediamente al niño sin que la Ley facilite una corresponsabilidad, ignorando supuestos en los que la madre o el padre están atendiendo a su formación y por tanto se crean situaciones que se debería resolver en la esfera privada y no por el legislador como se resuelven.

La Ley 12/2001, de 9 de Julio ha añadido un nuevo párrafo al art. 48.4 ET para los supuestos de parto prematuro y en aquellos casos en que el neonato, por cualquier causa, deba permanecer hospitalizado, el periodo de suspensión se podrá computar a instancia de la madre o en su defecto del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyéndose de dicho cómputo las primeras semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria para la madre.

Hay otro supuesto de suspensión previsto en la norma legal que atiende, con reserva de puesto de trabajo, la adopción y acogimiento tanto preadoptivo como permanente de menores de seis años. La suspensión podrá tener una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de mayores de seis años y cuando se trate de menores, que sean mayores de seis años, pero que sean discapacitados o por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar. De nuevo aquí se prevé que en el caso de que ambos trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y si se hace de forma simultánea la suma no podrá superar las dieciséis semanas. En los supuestos de adopción internacional la suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción y su finalidad es facilitar el traslado de los padres al país de la adopción.

Por último dentro de los contenidos de la Ley 39/1999 que modificaron el Estatuto de los Trabajadores en materia de extinción del contrato de trabajo se declaró nula la decisión extintiva o el despido que tenga como motivación el embarazo, la solicitud o el disfrute de permisos por maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de trabajadores con contrato suspendido, salvo que demuestre su procedencia por causas ajenas a la discriminación, art. 55.5.a) ET. Se amplían los supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia, a efectos de extinción por causas objetivas del contrato de trabajo, a las ausencias por riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el mismo, parto y lactancia, art. 52. d) ET.

La Ley 39/1999 introdujo además de en el Estatuto de los Trabajadores, modificaciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y creó una prestación de Seguridad Social en los supuestos de riesgo durante el embarazo. La incorrecta transposición de la Directiva 92/85 que olvidó incluir la lactancia obliga a mantener la aplicación directa de la norma comunitaria a los efectos de proteger la lactancia⁴².

Para evitar los efectos negativos de estas modificaciones legales sobre la contratación de las mujeres se evitó por la Ley 39/1999 que recayeran sobre los empresarios los costes de los permisos y se articularon medidas para reducir las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, siempre que se contratara interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

4. LA CORRESPONSABILIDAD EN LA FAMILIA COMO FUNDAMENTO DE UN MODELO SOCIAL BASADO EN LA NO DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

La corresponsabilidad de hombres y mujeres en la atención a la familia ha de ser el fundamento de las políticas legislativas que abordan este tema dentro de un modelo social que se ha de basar en la igualdad de trato y oportunidades. El marco comunitario ha servido de referencia para entender la necesidad de progresar en este ámbito y cuestiona muy claramente normas como el art. 3 RD 144/1999 de 29 de enero de desarrollo de RDL 15/1998, de 27 de septiembre sobre cotizaciones y trabajo a tiempo parcial. La feminización del contrato a tiempo parcial y la fórmula de cómputo de los días cuota a la seguridad Social penaliza muy claramente a las mujeres como pensionistas para la jubilación y la invalidez por enfermedad común.

⁴² Ver Lopez Lopez, J. "Salud laboral y protección por maternidad" y Areal Calama, I. "Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva" en AAVV (coordinación Julia Lopez Lopez) "Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona", edit. Marcial Pons, Madrid, 2001.

Hay además que destacar que nuestro país está teniendo serios problemas demográficos y esta realidad obedece, entre otras muchas causas muy complejas, a la decisión de las mujeres de entrar o de no salir del mercado de trabajo sin que el cuidado de la familia les imponga otra decisión. En este sentido las políticas familiares deben tener en cuenta esta realidad. La atención legal a la familia se debe hacer tomando como referencias políticas de empleo que favorezcan la inserción y la continuidad de las mujeres en el mercado de trabajo, políticas públicas sobre vivienda, atención a la tercera edad, guarderías. El objetivo de la corresponsabilidad se relaciona con la igualdad y para ello es necesario la puesta en marcha de forma coordinada de un conjunto de medidas que faciliten su obtención.

La Unión Europea dentro del Programa 1998-2000⁴³ mantiene que las tendencias demográficas apuntan a que la mano de obra y la población de la Unión Europea esta envejeciendo y se necesitan esfuerzos suplementarios para que todos seamos conscientes de este problema, que además debe ser abordado teniendo en cuenta la creciente participación femenina en la población activa y las características cambiantes de la vida familiar, teniendo todo ello consecuencias importantes para los sistemas de empleo y protección social en Europa. Es necesario poner en marcha políticas que aumenten los niveles de empleo, mejoren los sistemas de protección social y cubran necesidades como la atención a personas mayores dependientes.

La Comisión europea⁴⁴ llama la atención sobre el aumento de tensiones que los cambios en los modelos de hogares y de estructura familiar pueden ocasionar. Así, mantiene que debe mejorarse la compatibilidad entre la vida laboral y familiar, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres y junto a esta corresponsabilidad familiar y apuesta a que no solo sean las familias las que se tenga que ocupar del cuidado de personas dependientes a través de sistemas innovadores y viables que hagan más fácil conciliar la vida familiar y laboral.

En el panorama actual la conciliación de la vida familiar y laboral, cuando se da a nivel legal, no lleva de forma automática a una corresponsabilidad de hombres y mujeres en la atención a la familia, son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian sus trabajos reproductivo y productivo, actuando los hombres de forma supletoria. Es necesario tomando como referencia la Directiva 96/34 de 3 de junio sobre permisos parentales poner en marcha programas de sensibilización, diferenciar claramente los permisos de maternidad de otras medidas que buscan la corresponsabilidad y poner

⁴³ Programa de Acción Social 1998-2000, Comunicación de la Comisión de 29 de abril de 1998, Com, 1998, 259 final.

⁴⁴ Ver Tendencias sociales: perspectivas y retos, Comunicación de la Comisión de 1 de marzo del 2000, COM (2000) 82 final.

obstáculos legales a que los permisos, suspensiones u otras instituciones que han de jugar para la corresponsabilidad sean transferibles⁴⁵.

Corresponsabilidad de hombres y mujeres en la atención de la familia, en un plano de corresponsabilidad del Estado en estas tareas es la mejor vía de ir avanzando en la construcción de las políticas legislativas. Así, desde un planteamiento de reformas se plantea que un esquema en el que solo sean los miembros de las familias los responsables de los cuidados es incompatible con las demandas económicas de las mujeres sobre responsabilidades y cargos. Hoy las mujeres están cada vez mejor formadas y se les relega a un impago trabajo reproductivo, habría que ir hacia una descentralización de los cuidados de la familia, como política que además facilitaría no solo una mayor presencia de las mujeres en el mercado de trabajo y de sus posibilidades de carrera profesional, sino que además sería una fuente de creación de empleo a nivel de los servicios que las mujeres están ahora realizando en sus casas⁴⁶.

⁴⁵ En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000 (DOC 218 de 31 de Julio 2000), relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar se alentó a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que sus respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores el derecho individual intransferible al permiso de paternidad, manteniendo sus derechos en materia laboral.

⁴⁶ cfr. Esping-Andersen, G. "Social foundations of postindustrial economies", Oxford University Press, Oxford, 1999, pag. 174.