

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES POR SEXO Y GÉNERO: EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

María Emilia CASAS BAAMONDE*

Resumen

Desde el acceso masivo de las mujeres a los mercados de trabajo el sistema jurídico ha utilizado distintos lenguajes para atender a tan decisivo fenómeno histórico y reconocer derechos constitucionales y derechos legales laborales y de protección social a las mujeres: un lenguaje masculino genérico, con la consiguiente invisibilidad jurídica de las mujeres; un lenguaje neutro, sin marcar el género femenino, tanto para combatir la discriminación de las mujeres por sexo, como para permitir mandatos jurídicos de acción positiva y de reserva de cuotas en favor de la igualdad real y efectiva de las mujeres y compensar sus arraigadas diferencias peyorativas en la organización familiar y social, en el sistema económico, y en el trabajo remunerado; un lenguaje marcado femenino para proteger la maternidad biológica frente a las discriminaciones causadas por causa de embarazo, parto y lactancia natural; y un lenguaje masculino genérico para corresponsabilizar a los hombres en las tareas de cuidado familiar mediante la atribución de la titularidad indistinta, a hombres y mujeres, de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, no obstante su práctica sea marcadamente femenina y fuente de nuevas discriminaciones de las mujeres, perpetuando la división sexista de las labores de cuidado familiar y doméstico y de trabajo remunerado y sus distintas consecuencias discriminatorias o brechas de género. El logro de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres es un objetivo constitucional irrenunciable, al que han de servir las reformas de nuestro ordenamiento laboral, de empleo público y de seguridad social. También la reforma de la Constitución será la ocasión para avanzar en igualdad y en la erradicación de las discriminaciones atentatorias a la dignidad de las personas.

Palabras clave

Igualdad, no discriminación, mujeres, cuidado familiar, trabajo remunerado, invisibilidad, acción positiva, presencia equilibrada, cuotas, estereotipos de género, brechas de género, corresponsabilidad.

Abstract

Since the massive access of women to labour markets, the legal system has used different languages to address this decisive historical phenomenon and to recognize constitutional rights and legal labour and social protection rights for women: a generic masculine language, with the consequent legal invisibility of women; a neutral language, without marking the feminine gender, both to combat discrimination against women based on sex, and to allow

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid. Presidenta emérita del Tribunal Constitucional.

for legal mandates for positive action and quota reservation in favour of real and effective equality of women and to compensate for their deep-rooted pejorative differences in family and social organisation, in the economic system, and in paid work; a marked feminine language to protect biological maternity against discrimination caused by pregnancy, childbirth and breastfeeding; and a generic masculine language to make men co-responsible for family care tasks by giving men and women equal ownership of the rights to reconcile family and working life, even though their practice is markedly feminine and a source of new discrimination against women, perpetuating the sexist division of family and domestic care work and paid work and its various discriminatory consequences or gender gaps. The achievement of real and effective equality between women and men is an inalienable constitutional objective, which must be served by the reforms of our labour, public employment and social security systems. The reform of the Constitution will also be the occasion to make progress on equality and the eradication of discrimination against people's dignity.

Key words

Equality, non-discrimination, women, family care, paid work, invisibility, positive action, balanced presence, quotas, gender stereotypes, gender gaps, co-responsibility.

SUMARIO: I. Introducción: V Conferencia Tomás y Valiente. II. Acceso masivo de las mujeres al trabajo retribuido, hecho decisivo e irreversible del siglo xx; la esencial dimensión laboral de la discriminación por sexo y género femeninos. III. Incorporación de las mujeres a un sistema jurídico igualitarista: el lenguaje masculino genérico de los derechos, la mujer sin nombre. IV. El sexo femenino, no marcado en el lenguaje del Derecho antidiscriminatorio por causa de sexo. V. El sexo femenino, también oculto en el lenguaje del Derecho desigual igualatorio: medidas de acción positiva en favor del sexo infrarrepresentado y políticas de cuotas femeninas encubiertas en un lenguaje de derechos referidos a la presencia equilibrada de ambos sexos o neutro. VI. El lenguaje marcado femenino del Derecho a la protección de la maternidad biológica. VII. El lenguaje neutro y masculino genérico de los derechos de conciliación y de las responsabilidades de cuidado familiar de las personas trabajadoras, de atribución indistinta a hombres y mujeres, y su práctica femenina. VIII. Epílogo. Hacia el futuro: ¿una historia interminable?

I. INTRODUCCIÓN: V CONFERENCIA TOMÁS Y VALIENTE

Sr. Secretario General de la Universidad Autónoma de Madrid:

Sra. Decana de la Facultad de Derecho:

Queridos Ana, Cristóbal y Blanca:

Querida ex Ministra Beatriz Corredor:

Queridos colegas, alumnas y alumnos:

Es una gran satisfacción, y al tiempo una alta responsabilidad, pronunciar esta Conferencia Tomás y Valiente, en su V edición, con la que la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid abre el curso académico. Al hacerlo así

rinde homenaje permanente al ilustre profesor asesinado hace veintiún años por ETA en esta Facultad de Derecho, su casa.

Agradezco muy sinceramente a la Universidad Autónoma de Madrid, a cuya Junta Consultiva me honro en pertenecer, y a su Facultad de Derecho, y señaladamente a su Decana Profesora Valdeolivas, la ocasión que con tanta generosidad me han brindado para poder renovar en esta quinta ocasión ese merecido homenaje, junto con mi admiración, respeto y cariño, al Profesor Tomás y Valiente, a su extraordinaria lucidez, serenidad y rigor, y a la abnegación con la que se entregó en defensa de la consolidación de España como Estado de Derecho constitucional. Fue un demócrata ejemplar, un hombre de bien, un auténtico hombre de Estado, que dedicó doce años de su muy fructífera vida profesional al entonces incipiente Tribunal Constitucional, donde el Presidente Tomás y Valiente acabó de «instituir la institución» iniciada por el Presidente García Pelayo y dejó una huella imperecedera.

Su vida y su obra representan la defensa del Estado de Derecho constitucional, del Estado Social y Democrático de Derecho que es España por decisión de la Constitución (art. 1.1). El homenaje a su memoria, que lo es a su vida y obra, exige recordarlo siempre, pero especialmente en estos momentos en que no podemos silenciar nuestra voz para denunciar el atropello sufrido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña por la acción del secesionismo catalán y para apoyar la aplicación de la Constitución y de su mecanismo excepcional para recuperar el Estado constitucional, la integridad territorial y la convivencia democrática dentro de aquélla, norma superior que todos nos hemos dado para regir nuestra vida colectiva en paz y libertad.

Decía Tomás y Valiente que con la razón jurídica había «procurado interpretar nuestra Constitución y potenciar los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político en ésta propugnados, consciente de que la razón técnica no puede actuar vaciada de toda carga valorativa, pues el Derecho no es forma neutra sino la estructura racional de la libertad a la que ha llegado una cultura determinada en un momento de su historia» (1). Proyectó esa carga valorativa sobre los derechos fundamentales, espacios de autonomía personal y fines de la acción de los poderes públicos. Formó Sala y en ocasiones fue ponente de las primeras decisiones que declararon la discriminación de mujeres trabajadoras por las normas de la dictadura franquista que habían convertido su matrimonio en causa de excedencia forzosa, de abandono obligado del trabajo.

Aunque ciertamente los conceptos de igualdad y no discriminación hayan experimentado una importante evolución conceptual y precisión hasta conducirnos a su significado actual, aquellas Sentencias del Tribunal Constitucional de los años 80 del pasado siglo enseñan ya que la discriminación no es una noción meramente formal, equivalente a cualquier diferenciación de trato carente de justificación objetiva y razonable, sino que su rasgo definitorio, que la elaboración doctrinal y la jurisprudencia constitucional harían patente con el tiempo, radica en el resultado perjudicial para la víctima que la sufre considerada en sí misma, sin necesidad de que exista una diferencia de trato en sentido estricto respecto de per-

(1) *Discurso de despedida del Presidente del Tribunal Constitucional, Don Francisco Tomás y Valiente, con ocasión de la renovación del Tribunal en 1992*, Madrid 8 de julio de 1992, en Tribunal Constitucional. *Discursos de sus Presidentes (1980-2005)*, 25 Aniversario, Madrid, 2006, pp. 36-38.

sona perteneciente a colectivos no discriminados. La diferencia de trato es esencial, sin embargo, para el juego del principio general de igualdad (2).

Aquí tomaré pie, pues, mi Conferencia.

Además de por lo dicho es una satisfacción para mi abordar el tema elegido, «Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos», cuando se han cumplido diez años de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres; y hacerlo en una Universidad que se distingue, además de por una calidad docente e investigadora reconocida, por la incorporación de la perspectiva de género en la investigación, la enseñanza, la gestión y la convivencia universitaria. Está dotada esta Universidad, como bien se sabe, de un *Instituto Universitario de Estudios de la Mujer*, institución pionera en la Universidad española, y de una *Unidad de Igualdad de Género (UIG)*, cuyo cometido es velar por el respeto de la igualdad entre hombres y mujeres en la comunidad universitaria, siendo esta Facultad de Derecho especialmente activa en la recepción y promoción de iniciativas sobre género e igualdad.

Mi felicitación más calurosa sentida por ello, y por los cincuenta años de vida que esta Universidad celebra, y de nuevo mi agradecimiento; ahora también a los queridos Profesores Valdeolivas y Tudela Cambronero por sus acogedoras palabras de presentación, excesivas sin duda, pero llenas de amistad y afecto. Me siento verdaderamente abrumada. Agradecimiento que extendiendo a cuantas personas están aquí presentes, con algunas de las cuales he tenido la fortuna de compartir etapas muy importantes de mi vida.

II. ACCESO MASIVO DE LAS MUJERES AL TRABAJO RETRIBUIDO, HECHO DECISIVO E IRREVERSIBLE DEL SIGLO XX; LA ESENCIAL DIMENSIÓN LABORAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR SEXO Y GÉNERO FEMENINOS

Sin duda, la incorporación masiva de las mujeres a los mercados de trabajo en las economías más industrializadas desde la década de los años 60 del pasado siglo (3), a las tareas productivas y remuneradas, esto es al sistema económico, y no solo a las reproductivas y de cuidado (el mundo del «no trabajo», el ámbito familiar y doméstico y actividades próximas), y progresivamente a la vida económica, política, cultural y social, fue un fenómeno decisivo e irreversible, uno de los cambios sociales más profundos, si no el más profundo, del siglo XX, que tuvo en su origen y tiene en su desarrollo el valor y el derecho a la igualdad y la lucha contra las discriminaciones por causa de sexo y género femeninos.

(2) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral*, en CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (dirs.), *El Derecho social de la Unión Europea. Su aplicación por el Tribunal de Justicia*, Ed. Lefebvre · El Derecho, Madrid, 2018, pp. 207 y ss.

(3) Mas tardíamente, en los últimos 40 años en España.

Hasta tal punto que ese hecho se ha calificado por algunos autores de más significativo e innovador que la aparición en el pasado siglo en Europa, o ya en el siglo XIX según los países, de las clases sociales surgidas de las revoluciones burguesa-liberal e industrial, y en concreto del proletariado o clase obrera.

Del concepto de clase se ha llegado a decir que no ha sido sino expresión de una ideología de supremacía blanca machista, dado que, tanto hoy como históricamente, su importancia es infinitamente menor que la raza o el sexo, como mayores son los extremos de discriminación, explotación y coerción brutal que han derivado de éstos (4).

No obstante, tras la caída del comunismo y los cambios sociales y políticos de los últimos años movidos por el poder de la infraestructura tecnológica y la dimensión global del capitalismo (la *global age* o globalización electrónica), se anuncia, de no impedirlo la propia evolución social, una división en clases en todo el planeta más intensa que en el pasado y que marcará más la separación entre pobres y ricos hasta convertir a las clases dominantes en una «raza aparte», y a las clases inferiores en segregadas o excluidas (5). Y a las mujeres con ellas, pues de no producirse cambios importantes, las mujeres están prácticamente ausentes de las ocupaciones creadas o transformadas por las TIC y de las élites que la revolución digital y la economía global han creado y que rigen nuestros sistemas socio-económicos y políticos, el mundo en que vivimos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha jerarquizado los motivos o causas de discriminación en el seno de la tutela garantizada por el artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, completado por su Protocolo núm. 12, de 4 de noviembre de 2000.

Así, ha considerado, utilizando el *strict scrutiny test*, la discriminación por raza u origen étnico «particularmente odiosa» e «inaceptable por principio» en una sociedad democrática basada en el respeto del pluralismo y de la diversidad cultural, una violación flagrante de los derechos humanos, que por la peligrosidad de sus consecuencias «exige una vigilancia especial y una reacción vigorosa por las autoridades» para combatir el racismo. Cuando la diferencia de trato se basa exclusivamente o principalmente en la raza o en el origen étnico, o no puede estar justificada objetivamente, o «la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada tan estrictamente como sea posible» (6); las diferencias de trato por sexo, como por orientación sexual o nacionalidad, son también «inaceptables» si no existen «fuertes razones» que las justifiquen (7); sobre otras condiciones personales o sociales, como la riqueza, la propiedad o la pertenencia a una clase social, los Estados disponen de un mayor margen de apreciación (8).

(4) WATERS, M., «Inequality after Class», en OWEN, D. ed., *Sociology after Postmodernism*, Sage Publications, Londres, 1997, pp. 28-29.

(5) SLOTERDIJK, P., *En el mundo interior del capital. Para una teoría filosófica de la globalización*, Siruela, Madrid, 2007, pp. 203 y ss. y 267 y ss.

(6) S TEDH de 6 de julio de 2005, *Natchova y otros c. Bulgaria*, núms. 43577/98 y 43579/98, § 145; de 13 de noviembre de 2007, Gran Sala, caso *D. H. y otros v. República checa*, núm. 57325/00, § 176 y 196; de 15 de marzo de 2012, Gran Sala, caso *Aksu c. Turquía*, núms. 4149/04 y 41029/04, § 44.

(7) STEDH de 22 de marzo de 2012, Gran Sala, caso *Konstantin Markin v. Rusia*, §§ 125-126.

(8) STEDH de 4 de octubre de 2012, Gran Sala, caso *Chabauty v. France*, § 50. Vid. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13.ª ed., PUF, Paris, 2016, pp. 439-440.

Sin embargo, toda discriminación se caracteriza por un resultado peyorativo especialmente reprobable por contrario a la dignidad humana. Las Directivas europeas antidiscriminatorias (9) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano que ha desempeñado un papel verdaderamente activo y clave en la construcción de la tutela antidiscriminatoria, consideran que la discriminación directa por cualquier causa, por su gravedad, no admite justificación alguna, aunque esa justificación pudiera ser razonable. Sin proceder a jerarquizaciones, que tampoco efectúa el Tribunal Constitucional español, aunque aquél haya construido su doctrina antidiscriminatoria sobre la nacionalidad comunitaria y el sexo femenino –sin apellidarlos–, y éste, ciertamente, haya empleado un lenguaje más severo al enfrentarse a la discriminación por raza o etnia –que, sin embargo, no siempre ha apreciado cuando ha sido alegada (10)–, calificada por la Sentencia 126/1986, de 22 de octubre, de «perversión jurídica» (FJ 1, en un caso de condena penal de personas de raza gitana).

Sea como fuere, la combinación de la raza o etnia, ligada a las migraciones actuales, a los movimientos de refugiados y a los desplazamientos de personas en busca de trabajo y refugio, el sexo femenino y cualquier otra condición o circunstancia personal o social, como la pertenencia a una clase social, en ocasiones históricas delimitada por la raza (esclavismo colonialista), la edad o la discapacidad, han sido y son con seguridad factores particularmente «odiosos» de discriminación múltiple, cruzándose e interactuando el sexo femenino en cada uno de ellos y agravando la discriminación de las mujeres (11).

De otra parte, la dimensión *laboral* de la discriminación por sexo y género femenino, caracterizada por un resultado adverso consistente en la pérdida de derechos laborales y sociales o en su no adquisición por las mujeres, es, como reconoce

(9) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico [art. 2.2.a)]; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación [art. 2.2.a)]; y Directiva refundida 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [art. 2.1.a)].

(10) Casos *Rosalind Williams Lecraft*, en que la STC 13/2001, de 29 de enero, admitió la raza –el color de la piel– excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica en el control de extranjeros por los poderes públicos, y fue después desautorizada por el *Dictamen* del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 27 de julio de 2009 (comunicación núm. 1493/2006), que declaró que, en el caso, había habido violación del artículo 26 (derecho a la igualdad y no discriminación por raza y color), leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y *María Luisa Muñoz Díaz*, mujer gitana que demandaba una pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su marido con quien se había casado según el rito gitano, no amparada por la STC 69/2007, de 16 de abril, también posteriormente censurada por la STEDH de 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz c. España*, núm. 49151/07, que apreció en la negativa discriminación por razón de etnia. Pero véase la STS, Sala de lo Social en Pleno, de 25 de enero de 2018 (rcud. núm. 2041/2016; ECLI: ES: TS:2018:294) y su interpretación de la STEDH de 8 de diciembre de 2009 y de la STC 69/2007, y su voto particular discrepante.

(11) Sin ir más lejos los casos antecitados se refieren a mujeres. *Vid.*, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., *Discriminación de género y «otras» discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres*, en CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E. y FERRADANS CARAMÉS, C. (coords), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pp. 21 y ss.

unánimemente la doctrina científica, la dominante en la realidad social y, por ello, en la jurisprudencia de los distintos Tribunales, internos y supranacionales (12).

III. INCORPORACIÓN DE LAS MUJERES A UN SISTEMA JURÍDICO IGUALITARISTA; EL LENGUAJE MASCULINO DE LOS DERECHOS, LA MUJER SIN NOMBRE

El hecho, reitero, es que la integración de la mujer en los mercados de trabajo supuso un cambio social, económico, jurídico y cultural de enorme envergadura, un cambio del sistema económico que se ha calificado de colosal (13). En la medida en que el sexo divide de manera universal a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados, ese cambio significó, dicho en términos generales, que la mitad de la población trasladó gran parte de su actividad desde el ámbito doméstico de trabajo no remunerado al mercado –no obstante las diferencias sociales producto de la diversidad de desarrollo económico, culturas y tradiciones, y las vueltas al trabajo familiar y doméstico no remunerado forzadas por las crisis económicas–, cuestionando el secularmente asentado y extendido modo de organización social que establecía la separación y distribución social del trabajo según el sexo, principio de todas las divisiones.

Ese modo histórico de organización social patriarcal, dominador de la mujer por el hombre y extendido a todos los ámbitos y prácticas sociales, fue adoptado por el sistema económico como «ley natural» y formalizado por el sistema jurídico, desde las codificaciones civiles y la industrialización, como «ley positiva», al ser su sujeto protagonista el hombre económico libre e independiente. El sistema económico y el jurídico confluyeron en el mantenimiento de ese orden patriarcal tras las revoluciones liberales burguesas y el advenimiento del modo de producción capitalista. La smithiana «mano invisible» rectora del mercado hizo a la «mujer invisible», tan invisible como su trabajo reproductivo, improductivo y no remunerado, que nunca se ha tomado en consideración, ni se ha medido económica ni productivamente, y que, sin embargo, era y sigue siendo el sostén imprescindible del trabajo productivo y remunerado del hombre en los modelos económicos hegemónicos, clásicos y no tan clásicos (14). De «explotación», «apropiación» y «expropiación» del trabajo no remunerado de la mujer por el hombre se ha calificado la operación (15). La organización de los poderes públicos, de los Estados, por su parte, siguió igualmente el modo de organización patriarcal.

Las consecuencias que, desde el pasado siglo, ha tenido la inclusión de la mujer en el mercado de trabajo sobre la organización del trabajo y la «vida familiar», la educación, la cultura, la «vida social» y la política, en fin sobre la econo-

(12) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral*, cit., p. 208, por todos.

(13) Las citas de autoridad son tantas, para los distintos países y con carácter global, que hacen imposible traerlas aquí

(14) Hecho bien expresado en el título de la monografía de MARÇAL, K., *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*, Debate, Barcelona, 2016.

(15) WALBY, S., *Patriarchy at work: patriarchal and capitalist relations in employment, 1800-1984*, Cambridge, UK– B. Blackwell, Oxford, 1986, p. 128.

mía global, han sido tan poderosas que nos han proporcionado, sin exageración, una nueva visión de la existencia.

La incorporación de la mujer al trabajo «productivo» y «remunerado» supuso la fractura del prototipo antropológico unidimensional que estuvo en el origen del nacimiento de los Derechos del trabajo y de la seguridad social europeos, debido en parte a las reivindicaciones de los miembros masculinos de la clase obrera, para fijar límites a la autonomía privada contractual y al mercado y tutelar al hombre económico no libre o independiente en la prestación de trabajo, sino contractualmente subordinado a otro hombre económico libre e independiente con el fin de trabajar y satisfacer sus necesidades económicas: el varón obrero industrial, inicialmente, después el varón profesional, como trabajador-tipo subordinado y por cuenta ajena, ocupado en las tareas productivas y remuneradas para el mantenimiento de su familia (*male breadwinner*). La mujer, relegada al trabajo reproductivo no remunerado y a la gestión de las responsabilidades asociadas con los hijos y familiares y el hogar, apenas tenía derechos, reconocidos progresivamente, por la fuerza de los movimientos feministas iniciados en los siglos XVIII y XIX y centrados en torno a los derechos al sufragio, de propiedad y educativos, bien en el ámbito de la familia por los Derechos de familia, bien en el espacio político y ciudadano, por las Constituciones y las leyes electorales.

La mujer se sumó a un sistema jurídico y jurídico-laboral masculino, en el que aún hoy la regulación del tiempo de trabajo, su distribución y fijación (jornada, horarios, turnos), constituye un buen ejemplo de esa masculinidad. No el único, obviamente, pues, en general, las condiciones del trabajo «productivo» y remunerado, así como las de protección o seguridad social, estaban pensadas para el hombre, contribuyendo a esa configuración masculina, con olvido de la mujer «no-existente», los actores sociales a través de la negociación colectiva, y la propia organización del trabajo y empresarial. En los adelantados países nórdicos se sigue reclamando en la actualidad la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, pues la brecha salarial de género, más ampliamente de retribución, continua siendo una realidad clamorosa (16), no obstante haber figurado, por petición de Francia, el principio de «igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo» ya en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), para favorecer la libre circulación de trabajadores sin obstaculizar la libre competencia y competitividad empresariales. Las retribuciones medias de las mujeres en la Unión Europea son un 16 por 100 inferiores a las de los hombres, viéndose obligadas a trabajar, contra su voluntad, en la atipicidad contractual: a tiempo parcial, con contratos temporales, como trabajadoras autónomas ficticias, o en el trabajo no declarado, con «pérdidas de por vida en términos de ingresos y protección» social (17).

(16) Fijada en el conjunto de la Unión Europea, en 2016, la media, en un 16,2% de menor retribución de las mujeres, un 16,3% en la zona euro, que se eleva a un 37,2% en pensiones públicas de jubilación; la total entre géneros en un 39,6%: EUROSTAT, *Gender pay gap statistics*, marzo 2018. Vid. BALLESTER PASTOR, M. A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Publicacions de la Universitat de València-Tirant lo Blanch, 2017, pp. 63 y ss.

(17) PARLAMENTO EUROPEO, *Condiciones laborales y empleo precario, Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario* (2016/2221(INI)), párrafo R, con cita de su Estudio de 2016, hecho a solicitud de su Comisión de

Aquel sistema jurídico hubo de adoptar nuevas normas –y aprovechar las ya existentes– nacionales e internacionales, a todos los niveles y desde luego al más alto nivel normativo de un Estado, el constitucional, para proclamar el «igualitarismo formal», la igualdad formal de «todos» ante la ley y en su aplicación, como valor universal y universalmente imperfecto, como derecho humano y como derecho fundamental, e incluir en ese «todos» a las mujeres. Fueron arduos los esfuerzos teóricos para abrir vías en ese igualitarismo formal y proclamar, además de la prohibición de discriminaciones por razón de «sexo» imprescindible para garantizar la igualdad de trato, la sustitución del valor y derecho a la igualdad formal por la igualdad real o efectiva mediante el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o «acciones positivas» (18) en favor de las mujeres para hacer efectiva la igualdad de oportunidades y, en su caso, de resultados en las distintas facetas de la vida, y en concreto, en la decisiva faceta laboral.

Paradójicamente ambas operaciones se hicieron, en el plano del lenguaje de los derechos, ocultando a la mujer, haciendo buena la denuncia feminista, del segundo momento o de la «segunda ola» del movimiento de liberación de la mujer en Estados Unidos, del «malestar que no tiene nombre» o del «malestar sin nombre» (19). ¿Acaso no puede la mujer ser titular de derechos fundamentales propios y diferenciados?

Nuestro constitucionalismo histórico se centró en el hombre como único sujeto de derechos (20), ignorando a la mujer hasta la Constitución republicana de 1931, que reconoció por primera vez el voto de «los ciudadanos de uno y otro sexo mayores de veintitrés años» en condiciones de igualdad con el hombre (art. 36), gracias a los denodados esfuerzos de Clara Campoamor (21), y el derecho de sufragio pasivo «sin distinción de sexo ni de estado civil» (art. 53), proclamó «la igualdad de derechos para ambos sexos» en el matrimonio (art. 43), e incluyó el trabajo de la mujer y la protección de la maternidad en su programa de legislación social (art. 46).

La Constitución Española de 1978 representa la formulación contemporánea de la igualdad, que constitucionaliza como valor superior del ordenamiento jurídico que dota de sentido al Estado social y democrático de Derecho y al entero texto constitucional (art. 1.1); como derecho subjetivo fundamental de «todos» a la igualdad formal en la ley y en su aplicación y a no sufrir «discriminación alguna» por razón, entre otros motivos, del «sexo» (art. 14), así como a no sufrirla, de

Empleo y Asuntos Sociales, *Precarious Employment in Europe: Patterns, Trends and Policy Strategies* IP/A/EMPL/2014-14, PE 587.285.

(18) Clásico, ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, 1991.

(19) FRIEDAN, B., *The Feminine Mystique*, W. W. Norton and Company Inc., Nueva York, 1963.

(20) PÉREZ VERA, E., *La Constitución de Cádiz como fundamento del constitucionalismo iberoamericano, en XI Encuentro de Magistradas de los más altos órganos de justicia de Iberoamérica. Por una justicia de género. Igualdad y no discriminación contra la mujer en la tutela de los derechos fundamentales*, Cádiz, noviembre de 2010.

(21) El famoso discurso de CAMPOAMOR en el *Diario de Sesiones* de 1 de octubre de 1931. Además, CAMPOAMOR, C., *El voto femenino y yo: mi pecado mortal*, Librería Beltrán, 1936; ed. de Editorial Horas y Horas, Madrid, 2006. La reforma de la Ley electoral de 1907, llevada a cabo por el Decreto de 8 de mayo de 1931, había reconocido previamente el derecho de sufragio pasivo de la mujer. Sin embargo, como es sabido, en las elecciones de 28 de junio de 1931 solo se eligieron a tres mujeres de los 470 diputados de las Cortes constituyentes: Victoria Kent, Clara Campoamor y Margarita Nelken.

nuevo por razón de «sexo», en el deber de trabajar y en los derechos al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y familiares (art. 35.1); asimismo como deber de los poderes públicos constituidos para conseguir la igualdad real y efectiva (art. 9.2). En el artículo 39.1 y 2, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y les ordena asegurar la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, y al legislador posibilitar la investigación de la paternidad.

Únicamente en dos ocasiones utiliza la Constitución la palabra «mujer», y no con fortuna precisamente en la segunda de ellas pues entraña una excepción a la prohibición de discriminación por sexo femenino: en su artículo 32.1 para afirmar que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», reconocimiento que no excluye la legitimidad constitucional de la decisión del legislador, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial, de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo (22); y en su artículo 57.1 para ordenar la sucesión en el trono con preferencia, en la misma línea y grado, del varón sobre la mujer.

¿Hubiera sido la operación constitucionalizadora de derechos específicos de las mujeres técnicamente imposible por rompedora de la titularidad indistinta de mujeres y hombres de los derechos constitucionalizados como fundamentales y de la universalidad característica de los preconstitucionales derechos humanos? O, por el contrario, esa operación normativa, apoyada en la universalidad de la división por sexo, ¿hubiera sido la exigida, antes y en la actualidad, para la consecución del objetivo de la igualdad real entre mujeres y hombres, contribuyendo a la progresiva superación de las numerosas discriminaciones, visibles e invisibles, que la impiden?

IV. EL SEXO FEMENINO, NO MARCADO EN EL LENGUAJE DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO POR CAUSA DE SEXO

El derecho a la igualdad formal del primer inciso del artículo 14 de la Constitución, ha dicho el Tribunal Constitucional, implica el derecho subjetivo de todos a obtener un trato igual y el «deber de abstención» de los poderes públicos, y señaladamente del legislador, en la generación de diferencias arbitrarias y desproporcionadas, y no postula ni como fin ni como medio la paridad (23). La prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación, que contiene el mismo precepto constitucional, en su segundo inciso, implica un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación perjudicial establecido ya por la propia Constitución, en su doble modalidad de discriminación directa e indirecta, no requiere de un término de comparación, contiene una exigencia de parificación como regla, y actúa, no solo fren-

(22) STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

(23) JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Rev. Española de Derecho Constitucionalidad*, año núm. 3, núm. 9, CEPC, Madrid, 1983, pp. 71 y ss.

te a los poderes públicos, sino también en el ámbito de las relaciones laborales privadas, contra las causas de diferencias peyorativas históricamente muy arraigadas, que han situado a quienes las han padecido, tanto por la acción de los poderes públicos como por las costumbres sociales, en posiciones contrarias a la dignidad de la persona que proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Entre ellas, el «sexo», si bien el lenguaje del mandato constitucional antidiscriminatorio no marca el «sexo femenino», y ello aunque la interdicción de la discriminación por «sexo» tenga su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad y desventaja de las mujeres en el sistema económico y social y, desde luego en el trabajo, atentatoria de su dignidad, y no de los hombres.

Así ha debido reconocerlo el Tribunal Constitucional, que no ha dejado de vincular al sexo femenino la genérica prohibición constitucional de discriminación por razón de «sexo» o por condiciones o circunstancias que tengan con el «sexo de la persona» una relación de conexión directa e inequívoca, siendo conducta discriminatoria la que «se cualifica por el resultado peyorativo *para la mujer* que la sufre» (24), al resultar limitados sus derechos o expectativas legítimas por su sexo, y por su género, por su condición de mujer. Y lo ha hecho en decisiones tan numerosas que excusa su cita, a partir de su Sentencia 128/1987, de 16 de julio, que supuso el giro de inflexión de su inicial jurisprudencia sobre los «varones discriminados», cuando menos chocante, y ni siquiera explicable por el viejo proteccionismo jurídico –laboral y de seguridad social– de la mujer frente o contra ella misma, pues aquella «discriminación» se basaba en criterios de diferenciación constitucionalmente inaceptables que eran a la mujer, y no al hombre, a la que discriminaban, perpetuando su relegación al cumplimiento de roles de inferioridad y minusvaloración social incompatibles con su acceso real al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los hombres (25). La prohibición constitucional de discriminación por causa del sexo tiene su razón de ser, como por fin dijera la citada Sentencia 128/1987, basándose en los antecedentes parlamentarios del artículo 14 de la Constitución y en la opinión unánime de la doctrina científica, «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», traducida, en el caso, «en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo» (FJ 5). La propia Sentencia acudiría a los datos de la realidad social –sobre la tasa de actividad de las mujeres–, señalando que su ignorancia solo serviría para «dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer» (*ibid.*). Con pie en esta Sentencia la posterior Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, dejó dicho que, pese al «carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios» (FJ 2).

La invisibilidad del sexo femenino en el lenguaje de las normas de derechos humanos y fundamentales no ha impedido, pues, que, en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio, haya debido reconocerse a la mujer como víctima y como colectivo victimizado, de lo que hay ejemplos abundantes en las decisiones inter-

(24) A partir de la STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4.

(25) La separación expresa de aquella primera doctrina sobre los hombres discriminados y su sustitución por el análisis más riguroso de la prohibición constitucional de discriminación por sexo en STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, o en STC 16/1995, de 24 de enero, FFJJ 3-4.

pretativas de los distintos tribunales sobre los tratados, acuerdos y normas sobre esos derechos. Señaladamente, en cuantas decisiones han versado sobre las discriminaciones directas e indirectas «por razón de sexo», equiparadas también en esa neutralidad del lenguaje aunque solo las indirectas respondan a formulaciones jurídicas neutras, y sobre medidas positivas de facilitación de la igualdad real y efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Sin ir más lejos la Sentencia *Gabrielle Defrenne v. Sabena (Defrenne II)* del Tribunal de Justicia, de 8 de abril de 1976, C-43/75 (26), no dejó de admitir –no podía no hacerlo– que la discriminación retributiva que perseguía el artículo 119 del Tratado CEE de 1957 al consagrar el principio de igualdad retributiva entre trabajadores mujeres y hombres por un mismo trabajo, más adelante por un trabajo de igual valor, cuyo efecto directo (27) e invocabilidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales reconoció a partir de su fecha, era la que actuaba «en detrimento de la mano de obra femenina» (28). Con referencia una y otra vez, en la citada sentencia y en otras posteriores, a «los trabajadores masculinos y femeninos» y a «los trabajadores de sexo femenino», empleando un lenguaje, no ya neutro, sino incorrecto, basado en la expresión del género por léxico, y no morfológicamente, posiblemente debido a la mala traducción castellana del francés, un barbarismo en consecuencia, pues la mujer ha sido siempre trabajadora –palabra y concepto tradicional de la lengua castellana–, aunque realizase un trabajo familiar «improductivo» y no remunerado.

En la evolución posterior de su jurisprudencia el Tribunal de Justicia declararía que la supresión de las discriminaciones basadas en el sexo forma parte de los derechos fundamentales de la persona humana, que constituyen principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto le correspondía garantizar (29). Su Sentencia de 10 de febrero de 2000, *Schröder*, C-50/96 (30), que repetiría que la discriminación retributiva prohibida era la que perjudicaba a «la mano de obra femenina» (31), destacaría el objetivo social del principio de igualdad retributiva frente a su finalidad económica, que la Sentencia *Defrenne II* había colocado en pie de igualdad (32), y su carácter de derecho humano fundamental, expresión particular del derecho a no ser discriminado por razón de sexo: en sus términos, «la finalidad económica perseguida por el artículo 119 del Tratado, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre las empresas establecidas en distintos Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental» (apdo. 57).

En cambio, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, que trajo causa inmediata de los muchos años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y

(26) EU: C:1976:56.

(27) No menoscabado por la Directiva 75/117/CEE del Consejo, 10 de febrero de 1975, aprobada con el fin de desarrollar de forma íntegra el artículo 119 del Tratado.

(28) Apdo. 9.

(29) A partir de su Sentencia de 15 de junio de 1978, *Defrenne III*, C-149/77, EU: C:1978:130, apdos. 26-27.

(30) *Deutsche Telekom AG v. Lilli Schröder*, EU: C:2000:72.

(31) Apdo. 54.

(32) Apdos. 8-11.

Social de la Mujer de la Organización, y mediata de otros textos precedentes de Naciones Unidas y del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, no se ha mostrado cautelosa, sino precisa en llamar a las cosas por su nombre. Bien es verdad que es un tratado internacional de derechos humanos «específico» sobre las mujeres, pero también lo es que, como afirma en su Introducción, su finalidad es incorporar a «la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones». No le ha bastado, pues, a las Naciones Unidas con reafirmar su fe en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, sino que ha instrumentado el único camino posible para conseguir tal objetivo: una declaración internacional de derechos de las mujeres, que son las que han estado y siguen discriminadas, discriminaciones que son las que violan el principio de igualdad de derechos con los hombres y el respeto de la dignidad de la mujeres. Y, así, señala que «la expresión «discriminación contra la mujer» denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera» (art. 1). Y establece un programa de acción para que los Estados Partes garanticen la eliminación de las discriminaciones de las mujeres, «en todas sus formas y manifestaciones» y «frente a todas las fuerzas» que las han creado y mantenido, y el consiguiente goce de esos derechos y libertades por las mujeres.

En fin, los años han proporcionado un lugar distinto a la mujer en el trabajo y en la sociedad, una presencia pública indiscutible en la fuerza de trabajo –la tasa de actividad femenina ha crecido, aunque siga siendo inferior a la masculina–, pese a su invisibilidad jurídica, que el lenguaje del Derecho antidiscriminatorio mantiene.

V. EL SEXO FEMENINO, TAMBIÉN OCULTO EN EL LENGUAJE DEL DERECHO DESIGUAL IGUALATORIO: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN FAVOR DEL SEXO INFRARREPRESENTADO Y POLÍTICAS DE CUOTAS FEMENINAS ENCUBIERTAS EN UN LENGUAJE DE DERECHOS REFERIDO A LA PRESENCIA EQUILIBRADA DE AMBOS SEXOS O NEUTRO

De la genérica prohibición de discriminación por sexo, que incorpora el artículo 14 de nuestra Constitución, se ha seguido que la distinción entre ambos sexos solo pueda ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, merecedor de una interpretación restrictiva, lo que, a tenor de la jurisprudencia constitucional, implica «la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad», correspondiendo la prueba del carácter justificado de la diferenciación a quien asume su defensa, que «se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos

pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo» (desde la STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

El efecto de esa jurisprudencia fue y sigue siendo el de combatir la discriminación de las mujeres, que, conviene recordarlo, se traduce en un resultado peyorativo para la mujer que la padece, en forma de negación o limitación de sus derechos por una causa que ha sido prohibida por la Constitución por atentatoria a la dignidad del ser humano (33).

Pero el primer efecto de esa jurisprudencia fue también, como se dijo, el de invertir anómalamente la prohibición de discriminación por sexo para aplicársela al género no discriminado, a trabajadores varones frente a medidas del antiguo régimen jurídico de protección de la mujer en el trabajo carentes de legitimidad constitucional al no estar fundadas más que en «la protección de la mujer en cuanto mujer», esto es, en su secular discriminación laboral, social y familiar que la confería el ejercicio de «funciones domésticas, como si gozase de una natural vocación o predisposición hacia ellas» (34). Y, seguidamente, el de permitir tildar de inconstitucionales –o pretender la inconstitucionalidad de– las medidas de acción positiva y los tratamientos legales diferenciados o «desigualdades compensatorias» en favor de las mujeres, e incluso de opciones legislativas que han actuado diferenciadamente sobre ambos sexos. Si la utilización por el legislador ordinario del criterio del sexo para establecer medidas diferentes o aparejar consecuencias jurídicas distintas derivadas de determinados tratamientos normativos incurre en la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo, así lo harían las medidas específicas para las mujeres y las que utilicen el sexo para la atribución de consecuencias jurídicas diversas. La utilización normativa del sexo es el factor prohibido, y por tanto también del sexo femenino. En los años inmediatos a la promulgación de la Constitución, se publicaron libros y ensayos, que alcanzaron premios y prestigio, defendiendo la ilegitimidad constitucional de las decisiones normativas que aceptasen incorporar diferencias de trato basadas en el sexo, y en concreto en el sexo femenino, aunque su finalidad fuera la de promover la igualdad real de las mujeres con los hombres.

La propia STC 128/1987 reaccionaría contra ese entendimiento, exigiendo un análisis más cuidadoso de las causas justificativas del trato desigual por razón de sexo femenino y de su finalidad, no ya justificando, sino señalando la necesidad de tratos más favorables para corregir las profundas desventajas sufridas, «en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina» (FJ 7).

En general, la aceptación de la legitimidad de las «medidas de acción positiva» requirió, como se advirtió, la construcción de un aparato conceptual (35) que comenzase por afirmar que el derecho a la igualdad, no es un derecho de trato igual de iguales y desiguales, sino que encierra un derecho al trato igual de los iguales y

(33) SSTC 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2; 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4; 2/2017, de 16 de enero, FJ 5.

(34) SSTC 81/1982, cit., FJ 2; 3/1993, de 14 de mayo, FJ 3. No fueron aquellas, obviamente, medidas de acción positiva: STC 229/1992, cit., FJ 2.

(35) Vid. BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

desigual de los desiguales (36). Se trata de un derecho «desigual igualatorio» (37) para reparar discriminaciones preexistentes de las mujeres, en que el tratamiento desigual esté objetivamente justificado y guarde la debida proporcionalidad, para corregir la desigualdad, sin el que, lisa y llanamente, la igualdad real y efectiva de las mujeres con los hombres, afirmada en nuestra Constitución por su artículo 9.2, se hace imposible. Y que desmontase el pretendido choque del derecho a la igualdad, así concebido, con los derechos fundamentales a la igualdad formal (la igualdad «en abstracto») y a la prohibición de discriminaciones por razón de sexo, cuya consecuencia inevitable sería la inconstitucionalidad de las medidas positivas por desiguales y causantes de nuevas discriminaciones; y, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad de trato (en el trabajo, al que hace frente la prohibición de discriminación) e igualdad de oportunidades (en el mercado laboral) para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Es justo reconocer aquí el carácter verdaderamente pionero de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, cuyo artículo 2, apartado 4, dejó dicho que su regulación no impedía «las medidas encaminadas a promover la igualdad de *oportunidades* entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a *las oportunidades de las mujeres* [...]».

Debe advertirse que dicha Directiva precedió a la mencionada Convención de las Naciones Unidas de 1979. La sucesiva Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, ha dado carta de naturaleza a las acciones positivas, bien que bidireccionales, permitiendo a los Estados miembros mantener o adoptar medidas «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral» (art. 3). Se la había dado ya el Acuerdo sobre la política social (38), incorporado al Protocolo 14 del Tratado de la Unión Europea de 1992, refiriéndose expresamente a las mujeres, al decir, en su artículo 6, apartado 3, que el principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras no impediría que cada Estado miembro mantuviera o aprobase ventajas concretas destinadas a facilitar *a las mujeres* el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales. Después, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 141.4), reformado por el Tratado de Amsterdam (1997) (39), volvería al lenguaje neutro, al destinar las medidas de acción positiva a «facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales», aunque, dicho en lugar algo encubierto, se dirigieran específicamente a posibilitar el objetivo de «aspirar a mejorar la situación de las mujeres en

(36) Sin incorporar el artículo 9.2 de la Constitución un pretendido derecho a la «no discriminación por indiferenciación», según jurisprudencia constitucional reiterada, derecho que, en cambio, acoge en ocasiones el TEDH.

(37) SSTC 229/1992, cit., FJ 2; 13/2009, de 19 de enero, FJ 11; 40/2011, de 31 de marzo, FJ 7.

(38) DO 1992, núm. C 191, 29 de julio de 1992.

(39) Al que se remite la Directiva 2006/54. No es preciso entrar aquí en las relaciones entre el citado precepto del Tratado CE y la Directiva 2006/54/CE y la precedente Directiva 76/2007/CEE.

la vida laboral», según la Declaración 28, aneja al Tratado de Amsterdam. Aceptó el Tratado de Amsterdam la controvertida jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Eckhard Kalanke* (Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93) (40), que declaró contraria al principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de sexo, y a las medidas de igualdad de oportunidades permitidas por la derogada Directiva 76/207/CEE la preferencia automática concedida a las candidatas mujeres, en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, en un proceso de promoción profesional frente a candidatos varones, de igual capacitación, por una ley del *Land* de Bremen, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública. Fue continuada esa interpretación, con algún mayor matiz y cambiando el sentido del fallo según las leyes de los *Länder*, el reglamento sueco o las normas francesas en cuestión estableciesen o no resultados automáticos en los procesos de promoción y nombramiento en favor de mujeres frente a hombres de igual capacitación, entre otras, por las Sentencias *Hellmut Marschall*, de 11 de noviembre de 1997, C-409/95 (41), *Georg Badeck y otros*, de 28 de marzo de 2000, C-158/97 (42), *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson*, de 6 de julio de 2000, C-407/98 (43), y *Serge Briheche*, de 30 de septiembre de 2004, C319/03 (44).

El Tribunal de Justicia vino, pues, a desalentar los efectos de las normas de acción positiva para la igualdad de oportunidades de las mujeres «infrarrepresentadas» (45) en el trabajo, exigiendo de esas normas que garantizaran, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, una «apreciación objetiva», en el examen de las candidaturas, de los criterios personales de los candidatos de ambos sexos y que *ignorasen la preferencia concedida a las candidatas femeninas*, cuando tales criterios –uno bastaba– inclinaban la balanza a favor del candidato masculino, con el límite de que no fuesen discriminatorios de las mujeres. No aceptando, pues, las políticas nacionales de «cuotas», esto es, las medidas de los Estados miembros que estableciesen una «prioridad absoluta e incondicional» de las mujeres en el acceso al trabajo o en su promoción en el trabajo o en el disfrute de condiciones de trabajo, al incrustar en ellas «cláusulas de apertura» para los hombres. Desactivada de esta manera la potencialidad compensatoria de las medidas de acción positiva de las desigualdades de hecho de las mujeres para alcanzar su igualdad real, también de las enmarcadas en un concepto restringido de la igualdad de oportunidades de acceso al trabajo y de desarrollo profesional, en comparación proporcional con los hombres –el juicio de comparabilidad y de proporcionalidad se instaló en el seno de las medidas de acción positiva–, se retornó paradójicamente al punto de partida: a la no discriminación de las mujeres como límite a las acciones positivas, que, en su construcción doctrinal, se entendían a ellas destinadas a fin de colocarlas en pie de igualdad sustancial con los hombres, pero que en su reelaboración conceptual neutra debían estar abiertas a éstos, no para compensar las desigualdades sufridas por las muje-

(40) EU: C:1995:322.

(41) EU: C:1997:533.

(42) EU: C:2000:163.

(43) EU: C:2000:367.

(44) EU: C:2004:574.

(45) Incluso en supuestos de «considerable infrarrepresentación de las mujeres, tanto por lo que respecta a su número como a su presencia en los puestos de grado superior»: STJUE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99, EU: C:2002:183, apdo. 36.

res, sino para garantizar el derecho fundamental a la igualdad de trato, indiscriminadamente, entre los sexos. Por esa vía se produjo el retorno conceptual a las categorías del igualitarismo formal, con excepciones «precisas y limitadas».

Los actuales Tratados de la Unión Europea reconocen la legitimidad de las medidas de acción positiva, enunciadas en el mismo lenguaje neutro, que, de nuevo, no toma en consideración explícitamente el sexo femenino, oculto en las referencias al «*sexo menos representado*» como destinatario de «ventajas concretas», que el principio de igualdad no impide y que los Estados miembros pueden mantener o adoptar para facilitar el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales, en la redacción conocida del apartado 4 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y del párrafo segundo del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, perteneciente a su capítulo III, denominado «Igualdad».

Sucede que lo que no tiene nombre, aunque la elusión de la referencia a las mujeres haya encontrado complicidad en el valor entendido de que, no obstante su carácter bidireccional, a ellas irían destinadas —¿por el momento?—, hace posible que tampoco tenga lugar, frustrándose los efectos pretendidos de las medidas dirigidas a garantizar la igualdad «plena» de las mujeres en la práctica de la vida laboral y social. La jurisprudencia expuesta del Tribunal de Justicia constituye buena prueba de ello. La síntesis de esa jurisprudencia es que el Derecho de la Unión Europea se limita a autorizar a los Estados miembros la aprobación de medidas «que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social». De ambos sexos, aunque el femenino sea el «menos representado» y el histórico y actualmente discriminado.

Por lo demás, no es descubrir nada nuevo señalar la segregación o brecha profesional y sectorial de las mujeres, en la que su mayor nivel educativo no logra introducir una dimensión de equidad en el sistema laboral; ni decir que en los sectores productivos feminizados —que lo son en menor número que los masculinizados; apenas hay un 16% de ocupaciones paritarias (46)—, en los que trabajan más mujeres que hombres, siendo el femenino, por tanto, el sexo cuantitativamente más representado y el masculino el menos representado, sin embargo, las mujeres siguen discriminadas, con contratos atípicos y marginales, bajas retribuciones y ocupando tareas inferiores, sin posibilidades de acceder a ocupaciones elevadas y a puestos de decisión y dirección, en los que, o no tienen representación, o están subrepresentadas (segregación vertical) por la fuerte acción de los estereotipos y patrones socio-culturales provenientes de la sociedad patriarcal. Sectores femeninos o feminizados causantes de la brecha retributiva y de protección social y cubiertos por el invisible, pero irrompible, techo de cristal, desde la limpieza a la industria editorial, pasando por el comercio, la educación y, por supuesto, la enfermería y profesiones asistenciales sanitarias y las tareas de cuidado personal y doméstico, en las que la condición «migrante» de la mujer se cruza con fuerza.

Fuera del uso de un lenguaje neutro y disimulado o encubierto, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

(46) Datos para España, según la EPA, 2016.

contra la mujer había avanzado ya, con mayor resolución y justeza técnica y de resultado, que la adopción por los Estados Partes de «medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer» no se consideraría «discriminación en la forma definida en la presente Convención» –tampoco merecerían esa consideración las medidas encaminadas a proteger la maternidad–, aunque de ningún modo entrañarían, «como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato» (art. 4). La lógica temporal de las medidas de acción positiva fue también afirmada por la citada STC 127/1987.

En el caso de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional, que ha venido exigiendo un especial rigor en el enjuiciamiento de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de medidas diferenciadoras basadas en el criterio del sexo, ha interpretado que la promoción de la igualdad sustancial, que ordena su artículo 9.2, expresa la voluntad del constituyente de alcanzar la igualdad real y efectiva, única desde la que es posible el libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Constitución «completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de la igualdad material», a través de distintas técnicas, entre ellas las acciones positivas (47) y medidas de discriminación positiva propiamente dichas, los mandatos legales de composición equilibrada, incluso paritaria, de órganos políticos representativos y administrativos, la reserva obligatoria de cuotas para las mujeres, guardadas las condiciones de mérito y capacidad en la composición de los órganos administrativos. El artículo 9.2 de la Constitución, en definitiva, encomienda a los poderes públicos «la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad» en las diversas realidades, desde la participación política a las relaciones laborales. Y es que la igualdad sustantiva es un «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (Sentencia 12/2008, de 29 de enero, FJ 4). Al mismo fin ha respondido la inclusión de la dimensión de género en las diferentes políticas y acciones públicas de modo que la igualdad del hombre y la mujer sea el precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política.

Más difícil ha sido extender el derecho a la igualdad real de la mujer a otros ámbitos materiales (a las retribuciones), a la práctica judicial ordinaria, y más aún a la realidad social por la fuerza de los patrones socio-culturales arraigados. Y, sin embargo, es seguro que el crecimiento económico no asegurará por sí solo «una distribución equitativa de las ganancias entre los sexos» (48). Y no ha sido pacífica

(47) El ET faculta al Gobierno, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, para «otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo». Sin perjuicio de ello, se limita a encargar a la negociación colectiva la adopción de medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones», estableciendo «reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate». La negociación colectiva puede establecer «este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate» (art. 17. 3 y 4 ET).

(48) OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, 2016, pp. 30-32 y 51 y ss.

–ni lo es en la actualidad– la tarea de fijar el alcance de ese ¿inalcanzable? derecho fundamental a la igualdad, su contenido esencial. La jurisprudencia constitucional última refleja bien el trazado problemático y restrictivo de ese contenido, la ampliación de sus límites y de su acotación por la legislación ordinaria, por la libertad de configuración del legislador democrático, y por su interpretación constitucional (49).

Tampoco ha faltado el empeño de «proteger» a la mujer frente a su radical e inalienable dignidad, libertad e igualdad. Solo así se explican la cuestión y los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modificó la Ley Orgánica del régimen electoral general, y contra leyes autonómicas de igualdad, que impusieron medidas de equiparación o de paridad y alternancia de ambos sexos, de efectos bidireccionales, en la composición de las candidaturas electorales, y en órganos de decisión administrativos y de selección, para favorecer la «presencia» y «composición equilibrada», no paritaria o paritaria, de hombres y mujeres, que «si bien [...] son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas» (Sentencias del Tribunal Constitucional 12/2008, cit., FJ 5; 13/2009, de 19 de enero, FJ 11; 40/2011, de 31 de marzo (50). Con lo que dichas medidas legislativas, formalmente neutras, se han orientado realmente a «corregir el carácter minoritario de la presencia femenina en el ámbito de la representación política y a lograr en su seno la igualdad material entre hombres y mujeres, cumpliendo el mandato de efectividad en la igualdad contenido en el artículo 9.2 CE» (STC 40/2011, cit., FJ 7). Así como las más de ciento sesenta cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a las modificaciones introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, dando un trato penal diferente, en sentido agravatorio, en los delitos de maltrato familiar ocasional, de amenazas y de coacciones leves y de lesiones en el ámbito de las relaciones de pareja si el sujeto activo es varón y el pasivo mujer, para sancionar conductas criminales «trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (51), y estableciendo la imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento ante la abominable lista interminable de malos tratos y feminicidios, delitos antes «invisibles», aun siendo la manifestación más abruptamente grave de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (52).

En fin, en el ámbito de las decisiones económicas, las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros han realizado, durante décadas, diversos intentos de promover la igualdad de género, en particular para aumentar la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas, aprobando recomenda-

(49) STC 173/2013, de 10 de octubre, y su voto particular discrepante.

(50) Con voto particular discrepante las dos primeras.

(51) STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7.

(52) Además, SSTC 76/2008, de 3 de julio; 80 a 83/2008, de 17 de julio; 95, 96 y 99/2008, de 24 de julio; 45/2009, de 19 de febrero; 107/2009, de 4 de mayo; 127/2009, de 26 de mayo; 151 a 154/2009, de 25 de junio; 164, 165 y 167/2009, de 2 de julio; 177 a 180/2009, de 21 de julio; 201 a 203/2009, de 27 de octubre; 213/2009, de 13 de noviembre; 41/2010, de 22 de julio; 45/2010, de 28 de julio; 60/2010, de 7 de octubre; 77/2010, de 19 de octubre; 79/2010, de 26 de octubre.

ciones (del Consejo de 1984 y 1996) y fomentando la autorregulación. Sus resultados, desiguales según países (53), han sido más significativos en los Estados miembros en los que se aprobaron cuotas obligatorias de presencia de las mujeres en la composición de tales órganos, según la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (54). Era el objetivo de dicha propuesta de Directiva que los Estados miembros «velaran», incluso con medidas coercitivas, porque se reservara un 40% de los puestos de consejeros *no ejecutivos* de los consejos de administración de las empresas cotizadas a las mujeres, en su tradicional formulación neutra «a los miembros del género menos representado», realizándose los nombramientos para esos puestos basándose en un análisis comparativo de las cualificaciones de cada candidato, mediante la aplicación de unos criterios preestablecidos, claros, formulados de forma neutra y carentes de ambigüedades, objetivo que habría de alcanzarse a más tardar el 1 de enero de 2020 o, siendo las empresas cotizadas empresas públicas a más tardar el 1 de enero de 2018 (art. 4.1). La propuesta de Directiva incluía, como medida complementaria, una «cuota flexible» instrumentada mediante la obligación de que las empresas cotizadas establecieran objetivos de autorregulación sobre la representación de ambos sexos en los puestos *ejecutivos* en el consejo de administración, que deberían alcanzarse a más tardar en 2020, o 2018 en el caso de las empresas públicas (art. 5.1). La propuesta de norma europea no terminaba de apostar por la igualdad de la mujer al hacer obligatoria su presencia únicamente en cargos de consejeros no ejecutivos. Semejante diferenciación, que hace perder sentido a la ambigüedad del lenguaje en su referencia al «género menos representado», trae a primer plano irremediablemente, pese al avance que trata de lograr sin conseguirlo, la consideración de la mujer como «segundo sexo» (55), como grupo menospreciado, y con menores retribuciones en su ascenso roto el techo de cristal, que el masculino, en quien se concentra el poder real económico.

En su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, *Plan de Acción de la UE 2017-2019, Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres* (56), la Comisión se compromete a trabajar en la aprobación de su propuesta de Directiva sobre la mejora del equilibrio entre mujeres y hombres en las direcciones de las sociedades cotizadas en bolsa para, de este modo, romper el techo de cristal y combatir la segregación vertical de las mujeres, y contribuir a con-

(53) COMISIÓN EUROPEA, *2018 Report on Equality between women and men in the UE*. Según su datos, la proporción de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas más grandes, con una clara tendencia a su incremento en los últimos años, se habría situado en un 25,3% en los Estados miembros de la UE en 2017, por debajo de los objetivos comunitarios; en España en un 22,0% (Anexo 1.3, p. 65), ¿producto de la «recomendación» del artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres?

(54) COM/2012/0614 final – 2012/0299 (COD). Así, Francia, con un fuerte crecimiento a partir de la aprobación de la *Loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité*, según la fuente de datos comunitaria de la nota anterior, habría alcanzado el 41,2% de presencia femenina en los consejos de administración de dichas empresas cotizadas más grandes en 2016, y un 43,4% en 2017 (*ibid.*).

(55) Según el título de la conocidísima obra de BEAUVOIR, S. DE, *Le deuxième sexe*, I. *Les faits et les mythes*, II. *L'expérience vécue*, Gallimard, París, 1949.

(56) COM(2017) 678 final, Bruselas, 20.11.2017.

solidar el pilar europeo de los derechos sociales, proclamado solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la Cumbre Social para Empleos Justos y Crecimiento, celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, en particular su principio núm. 2, relativo a la igualdad de género en todos los ámbitos, y su principio núm. 3, relativo a la igualdad de oportunidades, de su capítulo I, Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo (57).

De la larga experiencia transcurrida se obtiene la conclusión de que solo las cuotas obligatorias empoderan realmente a las mujeres.

VI. EL LENGUAJE MERCADO FEMENINO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD BIOLÓGICA

Ni siquiera en el ámbito de la protección de la maternidad, causa específica o diferencial de discriminación de la mujer, llamada por su nombre, por sexo y por género, y primer objeto de tutela de las normas internacionales –así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Convenio núm. 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad (revisado), de 1952 y, por supuesto, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979–, que por razón de su fecha contemplaron únicamente la maternidad biológica, ha estado firmemente establecido el bien jurídico protegido. Para lograr que lo que es una causa de discriminación por sexo femenino, constitucionalmente proscrita, no lo sea: la maternidad de la mujer trabajadora. Como afirma la Convención, «el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación», llamando para ello de inmediato –ya en la década de los años 70 del pasado siglo– a la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en la educación de los hijos y de la sociedad en su conjunto, persuadidos los Estados Partes de que la igualdad plena entre el hombre y la mujer precisa de la modificación del «papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia» (58).

Con el precedente adelantado de la regulación de la Convención de Naciones Unidas, que ordena a los Estados Partes «impedir la discriminación *contra la mujer*» por razón de su maternidad y «asegurar la efectividad de su derecho a trabajar», la protección de la maternidad biológica ha oscilado y se divide, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, entre el propósito de atender a la condición biológica y salud y seguridad de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y lactancia, y el de asegurar la maternidad como una experiencia vital en libertad y las especiales relaciones entre la mujer y su hijo en el período posterior al parto, en que la igualdad real y efectiva de las mujeres trabajadoras está afectada, y ha de ser defendida frente a discriminaciones y perjuicios en la continuidad de sus carreras y patrimonios profesionales y de seguridad social, incluidos los sistemas privados de pensiones.

La bifurcación de esa tutela dual, de aplicación combinada, procede, como es conocido, de la existencia de dos Directivas europeas: la Directiva 92/85/CEE del

(57) El Consejo Europeo de 14 de diciembre de 2017 refrendó las conclusiones de la Cumbre Social.

(58) Preámbulo o exposición de motivos y artículo 5.b).

Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva marco de seguridad y salud 89/391/CEE), que establece, además, una prohibición preventiva de despido de la trabajadora en tales situaciones, comunicado su estado al empresario, desde el inicio del embarazo al término del permiso de maternidad, y la consiguiente obligación de los Estados miembros de protegerla frente a un despido ilegal (arts. 2 y 10), al considerar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con ese estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora (considerando decimoquinto) (59); y la ya citada Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que define como discriminatorio el trato menos favorable dado a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85, o con «su condición de mujer en período de lactancia» (60), trato menos favorable que se proyecta sobre cualesquiera condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución, de conformidad con lo establecido en el [antiguo] artículo 141 del Tratado CE [arts. 2.2.c) y 14.1.c)], o las específicas de seguridad y salud (61).

Ambas Directivas se entienden sin perjuicio de las disposiciones de la una por la otra, respetando la Directiva 2006/54/CE las relativas a la protección de la mujer, en particular, la referida al embarazo y la maternidad y lactancia, así como las de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (62), derogada por la posterior Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (63). La Directiva 92/85/CEE, por su parte, proclama su compatibilidad con las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres (64).

En efecto, ni qué decir tiene que las medidas especiales para la protección de la maternidad no son discriminatorias por causa de sexo femenino (art. 4.2 de la Convención de Naciones Unidas), que son legítimas en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, precisamente para hacerlo efectivo (art. 2.2 de la

(59) STJUE de 22 de febrero de 2018, *Jessica Porras Guisado*, C103/16, EU: C:2018:99.

(60) STJUE de 19 de octubre de 2017, *Elda Otero Ramos*, C531/15, EU: C:2017:789, apdo. 60.

(61) Véase la STJUE citada en la nota anterior.

(62) No obstante, la Directiva 2006/54/CE ha extendido su regulación sobre la inversión de la carga de la prueba en los procesos por discriminación por sexo a las situaciones cubiertas por las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, en la medida en que exista discriminación por razón de sexo [art. 19.4.a)].

(63) Cuya derogación, a su vez, prevé la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, COM(2017) 253 final, Bruselas, 26.4.2017.

(64) Sobre la aplicación diferenciada de ambas Directivas a supuestos de maternidad por fecundación *in vitro* y de despido discriminatorio por razón de sexo de la mujer sometida a dicho tratamiento, STJUE de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr*, C-506/06, EU: C:2008:119. Y sobre la inaplicación de ambas Directivas a los casos de gestación por sustitución, STJUE de 18 de marzo de 2014, *C. D.*, C167/12, EU: C:2014:169.

Directiva 2006/54/CE). Lo que es discriminatorio es el trato laboral peyorativo o perjudicial para la mujer por causa de su embarazo o de su maternidad o lactancia, que integra una discriminación directa por razón de sexo femenino.

Contra lo que podría pensarse a estas alturas del siglo XXI, el embarazo, la maternidad, y la lactancia, siguen siendo causas frecuentes de discriminación de las mujeres en el trabajo, que interponen barreras invisibles a su contratación y a su mantenimiento y ascenso en el empleo, y perjudican sus actividades y derechos profesionales y de protección social, como lo demuestra la consulta de la jurisprudencia de los distintos tribunales, y de nuestra jurisprudencia constitucional (65), además de las declaraciones públicas de empresarios que no tienen empacho en admitir que las medidas de protección de la maternidad y del derecho al trabajo de las mujeres embarazadas, o en permiso de maternidad, o lactantes, adoptadas con el fin de impedir su discriminación, desfavorecen a las mujeres en el mercado de trabajo. En esos entendimientos incompatibles con el valor constitucional de la igualdad y con la jurisprudencia constitucional que, desde antiguo, ha destacado la necesidad de compensar las desventajas reales que soportan las mujeres a diferencia de los hombres por causa del embarazo, la maternidad y la lactancia (66), las medidas de protección de la maternidad vendrían a sustituir a las viejas medidas proteccionistas de la mujer que, en realidad, la discriminaban. Y así es la vida real.

Lo cierto es que la discriminación por embarazo, maternidad y lactancia, el trato peyorativo de la mujer por estas causas, cronifica su posición tradicional de desventaja y perjuicio en el trabajo remunerado, obligándola a elegir entre opciones vitales que se presentan incompatibles por las «cargas» o «costes» que el embarazo y la maternidad de la trabajadora suponen para su empleador y sus necesidades de productividad y competitividad, para el sistema económico; para el mercado, que todo lo sabe y todo lo puede y «discrimina» con su mano invisible el trabajo de la mujer con riesgo de embarazo, maternidad y lactancia, que presume menos productivo y adaptable a las exigencias empresariales de flexibilidad (especialmente en categorías profesionales bajas), al ser la mujer la que precisa de la flexibilidad de los horarios y condiciones de tiempo de trabajo para atender el tiempo de cuidado familiar (el «estigma de la flexibilidad», que provoca el deterioro radical de sus condiciones de trabajo) (67), y, en consecuencia, lo repele frente al trabajo del hombre, libre de esas «cargas» o «costes».

La mujer debe elegir entre ser como el hombre o ser su opuesto, caso en que su trabajo remunerado se vuelve más oneroso que el del hombre para su empresario, para el sistema económico y laboral en su conjunto. Esa elección pone en cuestión la radical libertad de las mujeres, su derecho de elección libre y responsable de la maternidad.

En tensión abierta con los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la remoción de las cargas empresariales propone adoptar fórmulas nuevas que los avances científicos sobre la condición biológica de la mujer permiten, como la

(65) Por todas, STC 2/2017, de 16 de enero, y las que cita.

(66) STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6.

(67) OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, cit., pp. 60-61; STONE, P. y ACKERLY HERNANDEZ, L., The all-or-nothing workplace: Flexibility stigma and “opting out” among professional-managerial women, *Journal of Social Issues*, vol. 69, núm. 2, 2013, pp. 235 y ss.

congelación de sus óvulos para posponer su maternidad a una etapa compatible con su trabajo remunerado o fuera ya de su trabajo, y que ponen de manifiesto, además de relevantes problemas médicos, éticos y sociales, la ineffectividad de los derechos fundamentales, de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, y de sus desarrollos normativos, para acabar con discriminaciones tan flagrantes, en el seno de un ordenamiento jurídico general que no siempre las tiene en cuenta y que, cuando así lo hace, no acaba de dotarse de las técnicas jurídicas suficientes (restitutivas, compensadoras y sancionadoras) para garantizar su efectividad (68).

No es solo el sexo femenino, no es solo la brecha maternal, que penaliza a la mujer y ahonda la brecha retributiva y de protección social, son los roles socio-culturales, los prejuicios de género firmemente fijados y arraigados, los que discriminan a las mujeres, es el «suelo pegajoso» que las atrapa en la realización de trabajos familiares y de cuidados en una sociedad que sigue manteniendo una comprensión no adecuada de «la maternidad como función social» y de la mujer como persona especialmente preparada para hacerse cargo de la educación de los hijos y de las tareas familiares; una sociedad que continúa desconociendo la plena responsabilidad de los hombres en esas funciones y labores de cuidado familiar y doméstico. A la discriminación por sexo femenino se añade la discriminación por género femenino, que coloca a la mujer en la posición estereotipada que le había reservado la sociedad tradicional.

Sin duda, las políticas públicas de prestación de servicios sociales (servicios de guarderías y otros), que permitan a los progenitores «combinar sus responsabilidades familiares con el trabajo y participar en la vida pública» (69), contribuyen a reconocer la «función social de la maternidad» y a la realización del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres enuncia como criterio general de actuación de los poderes públicos «la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia» (art. 14.7). Pero esas políticas públicas no han resuelto, como veremos, el problema nuclear de hacer efectiva la corresponsabilidad de hombres y mujeres en las labores de atención a la familia y domésticas, disponiendo los fondos públicos precisos para ello, que ha de ser la principal política pública realizable a través de la intervención del legislador, teniendo en cuenta la sabia prescripción de la Convención de Naciones Unidas, que ordena el examen periódico de la legislación protectora de la maternidad «a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos» a efectos de su revisión, derogación o ampliación, «según corresponda» (art. 11.3). Por eso aquí no han prosperado las acciones en favor de las madres compensatorias de su posición general de desventaja profesional por el cuidado de sus hijos que perpetúan esa situación real de desventaja, corregidas no siempre por el criterio del ejercicio de responsabilidades de cuidado familiar con independencia del sexo (70).

(68) STJUE de 17 de diciembre de 2015, *María Auxiliadora Arjona Camacho*, C-407/14, EU: C:2015:831. Vid. BALLESTER PASTOR, M. A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pp. 203 y ss.

(69) Preámbulo o exposición de motivos de la Convención de Naciones Unidas.

(70) STJUE de 29 de noviembre de 2001, *Joseph Griesmar*, C-366/99, EU: C:2001:648; o STJUE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, citada. Véase la diferente razón de decidir de estas Sentencias y de la STC 128/1987, también citada, y su distinto momento histórico.

Es sabido que todos los derechos fundamentales tienen un inescindible contenido de igualdad, una imprescindible perspectiva de género, porque sin igualdad aquéllos no son tales en la medida en que no sirven para garantizar la dignidad personal; y que sin derechos tampoco hay igualdad, que es, a su vez, un derecho fundamental, que se enuncia o formula generalmente, además de como regla de inmediata aplicación, como un mandato de optimización, alcanzado en parte e inalcanzado en su dimensión total y sustantiva o real. Sin embargo, el derecho a la igualdad real de la mujer no acaba de implantarse en la realidad social, aunque se considere la característica básica de un ser humano, que encuentra su fundamento en su dignidad de persona. Al contrario, su discriminación, sistémica y difusa, es un problema estructural al que el conjunto normativo antidiscriminatorio e igualitario de la mujer no ha podido o sabido conjurar, pese a los importantes avances obtenidos. No ha conseguido evitar situaciones de inferioridad y desventaja de la mujer en el sistema laboral e interferencias graves en su libertad y dignidad personales, y ha dejado sin resolver seculares factores de discriminación nacidos de la división sexual del trabajo familiar y doméstico y del desigualitario e inequitativo reparto de las consiguientes responsabilidades en ese ámbito familiar privado, que opone grandes resistencias a la penetración del Derecho.

Las transformaciones sociales recientes, sin duda de gran calado, han derivado en la heterogeneidad progresiva de las estructuras familiares y de las formas de maternidad (por adopción, guarda preadoptiva o acogimiento permanente) y de lactancia (artificial), así como en el progresivo envejecimiento demográfico de las sociedades, hechos que, con frecuencia, han tenido como resultado la discriminación de las mujeres, también en esas otras formas de maternidad y de lactancia y en el incremento de las necesidades de cuidados de larga duración de los mayores o dependientes, reforzando así el mantenimiento de su tradicional, aunque transformado, estatuto de inferioridad en la vida social, familiar y laboral y quebrantando su pretendida libertad de elección.

Por su parte, en el mercado de trabajo, las consecuencias de la gran recesión financiero-económica de 2008 se han traducido en un incremento de las desigualdades sociales: el desempleo y el subempleo, la atipicidad y la precariedad de las nuevas formas de empleo temporales, de corta y de larga duración, y a tiempo parcial involuntario y marginal, la reducción salarial, la prolongación del tiempo de trabajo, la inviabilidad los derechos de protección social y el regreso de la pobreza, la inseguridad creciente correspondiente a la flexibilidad creciente en las condiciones de trabajo entregada a la determinación del poder unilateral empresarial, la mayor movilidad o la elevada irregularidad de la distribución del tiempo de trabajo, han afectado particularmente a las mujeres.

Los cambios del sistema económico global y laboral, de una potencialidad e intensidad antes desconocidas, promovidos por una imparable digitalización a la que ha dado paso la revolución tecnológica de los años 90 del pasado siglo y que ha originado una diversidad creciente de formas de organización de la producción y del trabajo en la mal llamada economía colaborativa o, con mayor precisión, economía de las plataformas digitales con aumento notable de trabajo de las mujeres (71), amenazan con intensificar las distintas brechas que separan a las mujeres,

(71) Con alta precariedad y simulación de trabajo autónomo. Vid. PARLAMENTO EUROPEO, EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES, *The situation of workers in the collaborative economy*, In-depth-Analysis, octubre, 2016, pp. 16-17.

y no solo la ligada a la maternidad. Los cambios generados por la economía digital no son neutros desde la perspectiva de género y, como se advirtió al comienzo de este trabajo, la brecha digital es una poderosa amenaza de incalculables efectos segregadores y excluyentes que se cierne de manera señalada sobre las mujeres dada su baja presencia actual en opciones curriculares y profesiones dominadas por las TIC, la inteligencia artificial, las matemáticas, la informática, las ingenierías o la ciencia en general. Una ordenación del sistema educativo y formativo adaptada a las nuevas competencias, cualificaciones y profesiones que la innovación tecnológica y el trabajo del futuro han comenzado ya a demandar, de manera sobresaliente en relación con la digitalización, e inclusiva y ajena a estereotipos de género, es imprescindible.

Al tiempo, en esa economía y sociedad digitalizadas se seguirá precisando de servicios de bajo valor añadido y de tareas de cuidados personales de mayores y dependientes, de valor creciente, de la mano del incremento de la esperanza media de vida, que, de no regularse al margen de estereotipos de género, harán que el «suelo pegajoso» lo sea aún más para las mujeres.

Bajo esos potentes factores de transformación del trabajo remunerado ha seguido y sigue actuando la fuerza de la organización familiar y de la práctica social, tributarias aún de la cultura sexista masculina.

VII. EL LENGUAJE NEUTRO Y MASCULINO GENÉRICO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y DE LAS RESPONSABILIDADES DE CUIDADO FAMILIAR DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, DE ATRIBUCIÓN INDISTINTA A HOMBRES Y MUJERES, Y SU PRÁCTICA FEMENINA

La necesidad de enfrentar cambios para promover la igualdad real de las mujeres en el trabajo remunerado y en la vida política, social y cultural determinó el nacimiento de otro conjunto normativo cuyo valor legitimador se sustentó formalmente en la corresponsabilidad de mujeres y hombres en las tareas de cuidado familiares y domésticas.

En el tránsito al siglo XXI y ya en el nuevo siglo, los textos legales, europeos (72) y nacionales, se fueron haciendo más completos y más comprometidos con la igualdad efectiva y la lucha contra la discriminación de las mujeres y, tomando de nuevo pie en la Convención de las Naciones Unidas, todo condujo a confiar en el reparto igualitario de responsabilidades familiares para contribuir a evitar la discriminación por sexo y género de las mujeres en el trabajo remunerado y en los distintos planos de la vida por el cumplimiento obligado de los roles estereotipados a ellas reservados.

El efecto de esos cambios fue el desplazamiento del eje del nuevo sistema normativo, aparejado o integrado en el Derecho de igualdad y antidiscriminatorio, desde los derechos ocultos de las mujeres a la titularidad declaradamente indistinta y compartida por mujeres y hombres de determinados derechos laborales, en con-

(72) Vid. BALLESTER PASTOR, M. A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pp. 129 y ss.

creto de los denominados derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (73), a excepción de los relacionados con el embarazo, la maternidad biológica (el permiso de maternidad de seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre y la cesión de parte o del restante al otro progenitor por la madre) y la lactancia natural, atribuidos exclusiva u originariamente a las mujeres (art. 48. 4 y 8 ET), y el permiso de paternidad en caso de maternidad biológica, que corresponde en exclusiva «al otro progenitor» (art. 48.7, párrf. 2.º, ET).

En nuestro ordenamiento jurídico, estos derechos, tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, son derechos legales de trascendencia o dimensión constitucional, pues en ellos está afectado el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y el mandato constitucional de protección a la familia, a los hijos, a las madres, y a la infancia (art. 39 CE) (74). No obstante, la ley no los configura, en todo caso, como derechos individuales legales perfectos en cuanto que el ejercicio de los que deberían ser especialmente promovidos por sus menores costes en pérdidas de derechos laborales y de protección social para los trabajadores ejercientes, que se concretan en la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo (jornada continuada, horario flexible, u otros modos de organización del tiempo de trabajo y los descansos), quedan diferidos, bien a los términos fijados por la negociación colectiva, lo que no casa bien con su condición de derechos individuales, bien al acuerdo con el empresario, con el fin de armonizarlos –otro elemento de conciliación que el legislador toma en consideración legítimamente– con la mejora de la productividad de las empresas (art. 34.8 ET). Aunque la concreción horaria del derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, a la reducción de jornada –y del salario– por razones de guarda legal y de cuidado de familiares mayores o dependientes corresponde al trabajador o a la trabajadora «dentro de su jornada ordinaria», los convenios colectivos pueden también establecer criterios para esa concreción horaria con el fin de hacer compatibles las necesidades familiares de los trabajadores y las organizativas y productivas de las empresas (art. 37.7 ET), a los que también corresponde, o al acuerdo con el empresario, posibilitar la decisión del trabajador o trabajadora de sustituir el permiso de lactancia por una reducción de su jornada en media hora o acumularlo a jornadas completas (art. 37.4 ET). El empresario puede, además, medir la repercusión del

(73) Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y las trabajadoras en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aunque, en su regulación, tales derechos vayan de ordinario vinculados al fomento de la corresponsabilidad en las tareas de cuidado a la familia. *Vid.* PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de mujeres y hombres», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (coords.), *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 159 y ss. Sobre las reformas legislativas 2011 y 2012, BALLESTER PASTOR, M. A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pp. 168-169.

(74) STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6, por lo que esta dimensión constitucional ha de ser tenida en cuenta necesariamente en la negativa o limitación del empresario a su ejercicio y en las decisiones judiciales sobre esas decisiones empresariales. La jurisprudencia constitucional posterior no siguió siempre esta interpretación constitucional. *Vid.* CABEZA PEREIRO, J., «La doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la conciliación de la vida familiar y laboral», en BAYLOS GRAU, A. P., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RE, F., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 187 y ss.

ejercicio de estos derechos en la esfera de sus intereses protegidos y limitar el ejercicio simultáneo del derecho individual a la reducción de la jornada, y del derecho individual a la excedencia para el cuidado de hijos y familiares, por dos o más trabajadores que lo obtengan del mismo sujeto causante (padre y madre, o ambos progenitores, por ejemplo), por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (arts. 37.6 y 46.3 ET). El permiso de lactancia solo puede ejercerse por uno de los progenitores si ambos trabajan (art. 37.4 ET).

Desafortunadamente, el legislador español no se ha ocupado de una medida tan adecuada a la conciliación de los tiempos de la vida y a la corresponsabilidad de los hombres en el ejercicio de tareas familiares como es la racionalización de los horarios de trabajo (75). De otra parte, la regulación, en el ordenamiento español vigente, del contrato de trabajo a tiempo parcial, que mayoritaria e involuntariamente es utilizado por mujeres, con elevada frecuencia para la prestación de trabajos marginales que acrecientan su discriminación ocupacional y retributiva, le impide ser conceptualizado y funcionar como una figura contractual de conciliación del tiempo familiar y de trabajo remunerado por la laxa facultad empresarial de distribución irregular e insegura del tiempo de trabajo (76).

Con todo, la operación normativa de introducir derechos de los trabajadores en el trabajo para fomentar la corresponsabilidad de los hombres en las labores de cuidado y atención a la familia era de calado, pues si la incorporación de la mujer al trabajo remunerado se había basado en su asimilación al hombre, protagonista del sistema económico, a través de un igualitarismo jurídico formal capaz de legitimar los tratamientos diferenciados de la dualidad de sexos, e ignorante del sexo femenino, la pretensión del nuevo sistema normativo era la contraria, acercar el hombre a la mujer, al trabajo de las mujeres, a su tarea propia a lo largo de los siglos de cuidado familiar y doméstico.

Con ese desplazamiento del foco normativo se produjo una especie de colonización masculina o masculinización de los derechos de las mujeres, se impuso un nuevo lenguaje de los derechos de ambos sexos –o se volvió al de siempre, a un lenguaje común realmente separador–, con el fin de comprometer a los hombres en su ejercicio para equilibrar el desigual reparto de cargas familiares de las mujeres, con la consecuencia –aparentemente lógica en la construcción abstracta de estos derechos– de neutralizar la protección antidiscriminatoria específica de las mujeres por razón de sexo y género, al entrar en juego estos derechos de titularidad simétrica o compartida por ambos sexos (77).

La tenencia de responsabilidades familiares es la fuente de atribución de los mismos derechos a los trabajadores, hombres o mujeres, progenitores o cuidadores, «en condiciones de igualdad», cualquiera que sea su sexo y estado civil, en materias relacionadas con sus hijos o hijas menores, con independencia, de su filia-

(75) CABEZA PEREIRO, J., «Tiempo de trabajo, racionalización de horarios y conciliación en España», en MELLA MÉNDEZ, L. (coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, pp. 111 y ss.

(76) Horas complementarias, distribución irregular de la jornada, preavisos: CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», *Rev. Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 2017, pp. 12 y ss.

(77) STJUE de 22 de abril de 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, EU: C:2010:215, apdos. 48 a 56.

ción, y familiares mayores o dependientes, de modo que la desigualdad de trato se establece, formalmente, en el ejercicio de estos derechos, no por sexo, ni por género femenino –aunque materialmente en su ejercicio así sea–, sino entre trabajadores, mujeres y hombres, con responsabilidades familiares y trabajadores, mujeres y hombres, sin responsabilidades familiares (art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007) (78). En nuestro Derecho, que formalmente ha ampliado el ámbito de los derechos de conciliación con el trabajo a la *vida personal* de los trabajadores –y no solo a la familiar–, únicamente los derechos de adaptación y distribución de la jornada de trabajo, cuya efectividad depende de la negociación colectiva para concordarlos con la mejora de la productividad de las empresas como se vio, se desvinculan formalmente de las responsabilidades familiares (art. 34.8 ET), aunque su cumplimiento sea causa –no la única– de su ejercicio (79).

El nuevo lenguaje normativo acogería también la sustitución de la referencia a las madres y a los padres por la expresión neutra «progenitores» para evitar la discriminación por orientación sexual y reconocer los derechos de maternidad, paternidad, y demás derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a los matrimonios y a las parejas del mismo sexo y a las familias monoparentales.

Pero tampoco aquí, o menos aquí, en el ámbito de esa actuación legislativa en que, desde la fuerza social de los estereotipos de género, la identidad masculina y sus «naturales» atributos y actividades corren el riesgo de difuminarse al aproximar al hombre a lo que precisamente no es, una mujer, el resultado ha sido satisfactorio. Los usos sociales y familiares y las «leyes» del mercado no se han dejado domeñar y el sistema jurídico-laboral no ha impedido que estos nuevos derechos hayan impactado de forma diferente y, de nuevo, discriminatoria en las mujeres –los hombres no los ejercen o apenas lo hacen–, perpetuando la división o brecha sexista de las tareas de cuidado familiar y de trabajo.

La OIT ha explicado con elocuencia, y el rigor de las fuentes que maneja, la proyección e incidencia de los prejuicios de género, de las construcciones sociales de la feminidad y de la masculinidad, en los derechos de conciliación consistentes

(78) El Tribunal Constitucional español reconoció el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares (art. 14 CE) a trabajador al que su empleador público había denegado su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad. La demanda de amparo del trabajador había alegado la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), que el Tribunal descartó porque el sexo no había sido el motivo de la denegación impugnada, y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), añadiendo que el rechazo de su pretensión suponía, a su vez, convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos, lesión que el Tribunal dejó fuera de su análisis al contraer el recurso de amparo a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas propios, y no ajenos, salvo supuestos excepcionales: STC 26/2011, de 14 de marzo, con voto particular discrepante.

(79) A la «vida personal» se adscriben los derechos de los trabajadores y de los trabajadores de formación profesional en el trabajo: a la preferencia de turno, a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo, a permisos con reserva de puesto de trabajo, cuyos términos de ejercicio dependen de nuevo de la negociación colectiva, «que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo», y a un permiso retribuido de formación, cuyo modo de disfrute del permiso se fija de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario (art. 23 ET). Pero esta regulación legal estatutaria no procede de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y, de otra parte, esta problemática no llevaría por derroteros distintos a los que aquí se siguen.

en el recurso a figuras contractuales flexibles y en la reducción del tiempo de trabajo remunerado, y en el consiguiente fracaso de su utilización por los hombres: la sociedad considera que las mujeres que adoptan modalidades de trabajo flexible y reducen su tiempo de trabajo remunerado para atender tareas de cuidado «no hacen sino cumplir con sus responsabilidades, al dar prioridad a su familia sobre su trabajo». Cuando esto sucede, se menoscaban notoriamente sus condiciones de trabajo y de remuneración y la calidad de las tareas que se les encomiendan (el «estigma de la flexibilidad» o brecha de conciliación), lo que disuade a los hombres de reducir su tiempo de trabajo remunerado para ocuparse de sus responsabilidades familiares. Por el contrario, respecto de los hombres, el convencionalismo social parte de que «para ser un buen padre hay que ser un buen trabajador y un sólido pilar de la economía familiar. Por lo tanto, todo hombre que decide buscar formas de trabajo flexible se considera “menos hombre”» (80). De modo que los hombres podrían resultar también discriminados por sexo por causa de los estigmas o estereotipos de género al recibir, como las mujeres, un trato peyorativo por el ejercicio de sus derechos de conciliación.

La realidad es, pues, que los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, en sus distintas formas, se han ejercido y se ejercen mayoritariamente por mujeres, por «trabajadores esencialmente femeninos» (según el barbarismo de la versión castellana de la STJUE *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*) (81), ahondando con su feminización en la posición estructural de la mujer como responsable de hijos, familiares y cargas domésticas, en la asentada estructura sexual de los usos del tiempo, y en la consiguiente marginalidad e infravaloración de la posición de la mujer en el trabajo remunerado, con perjuicio de sus condiciones de trabajo y de seguridad social, y en la vida económica, social, cultural y política.

En nuestro país, solo en ámbitos sociales minoritarios y por escaso tiempo, ligados con mayor frecuencia al disfrute del permiso de paternidad, esos derechos han redundado en beneficio de la compartición de responsabilidades familiares, lo que se ha saldado con una leve –aunque a veces se agrande como fenómeno mediático por su carácter infrecuente, inusual– concesión al optimismo. En la generalidad de los casos, a ese leve optimismo ha sucedido un escepticismo y pesimismo generalizados y nada leves, formados en la comprobación unánime, por diversas fuentes, de que los derechos de conciliación, ejercidos mayoritariamente si no únicamente por mujeres, no se han visto libres de operar como nuevas causas de discriminación de la mujer en el trabajo remunerado al encarecer ese trabajo, sus «cargas», añadidas a las que comporta su condición de mujer, su embarazo y maternidad y lactancia, frente a las necesidades de organización, adaptación y flexibilidad, productividad y competitividad empresariales, señaladamente de las pymes, inte-

(80) OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, cit., pp. 60-61, con cita de los trabajos de STONE y ACKERLY HERNANDEZ, «The all-or-nothing workplace...», cit.; WILLIAMS, J. C., BLAIR-LOY, M. y BERDAHL, J. L., «Cultural schemas, social class, and the flexibility stigma», *Journal of Social Issues*, vol. 69, núm. 2, 2013. pp. 209-234; BERDAHL, J. L. y MOON, S. H., «Workplace mistreatment of middle class workers based on sex, parenthood, and caregiving», *ibid.*, pp. 341-366; RUDMAN, L. A. y MESCHER, K., «Penalizing men who request a family leave: Is flexibility stigma a femininity stigma?», *ibid.*, pp. 332-340; VANDELLO, J. A., HETTINGER, V. E., BOSSON, J. K. y SIDDIQI, J., «When equal isn't really equal: The masculine dilemma of seeking work flexibility», *ibid.*, pp. 303-321.

(81) Apdo. 48.

grantes mayoritarias de nuestro tejido empresarial; esto es, frente constricciones objetivas impuestas por la lógica del mercado, por la lógica económica.

Esa misma lógica está en la raíz de los abundantes problemas asociados al ejercicio de estos derechos en la práctica laboral y en su funcionamiento en sentido inverso al que garantiza la satisfacción de su función en sociedades progresivamente igualitarias, exigiendo la conciliación de la vida familiar y personal de las mujeres con el trabajo en vez de facilitar la conciliación del trabajo con sus necesidades familiares y personales. No solo el legislador, tampoco los interlocutores sociales y los jueces y tribunales se han afanado en la búsqueda de fórmulas útiles para el logro de su efectividad ante las discrepancias con frecuencia surgidas frente a los empresarios en la adaptación de horarios y turnos, la distribución y reducción de la jornada, o la organización de regímenes o sistemas de trabajo. Y sin garantías suficientes para asegurar el retorno al trabajo, esto es, para garantizar el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE), en su modalidad contractual original, o a una diferente adaptación del tiempo de trabajo de las trabajadoras que los han practicado. De su debilidad, como experiencias irresueltas, ha quedado testimonio en sentencias de distintos tribunales, como la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 24/2011, de 14 de marzo, o la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2016, *Estrella Rodríguez Sánchez*, C-351/14 (82).

El contradictorio resultado ha sido que la lógica universal de las técnicas del derecho igualatorio y antidiscriminatorio por sexo femenino –a excepción del embarazo, la maternidad biológica de la mujer y la lactancia natural, y los derechos exclusivos ligados a esas situaciones– ha ocultado a las mujeres mediante un lenguaje elusivo que no las ha hecho visibles, aunque escondidamente la prohibición de discriminación por sexo y las medidas positivas de igualdad de oportunidades y de cuotas tengan como finalidad liberar a las mujeres de la arraigada estructura social desigualatoria que las hace víctimas de sistémicas discriminaciones por sexo y género.

Por el contrario, la lógica universal de los derechos de conciliación –siempre a excepción de los derechos de protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del parto en sus particulares relaciones con su hijo, y en caso de maternidad biológica del permiso de paternidad, intransferible a la madre– ha manejado un lenguaje abierto y una titularidad común, masculina en su tradicional entendimiento comprensivo de ambos géneros, de «los trabajadores», para abrirlos a la participación de los hombres, que, con razón, ha merecido la desautorización del Tribunal de Justicia cuando así no se ha hecho y se han reservado determinados derechos exclusivamente a las mujeres. Bastará con recordar su Sentencia de 30 de septiembre de 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez*, C104/09 (83), a propósito del permiso de lactancia de un hijo menor de nueve meses desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, cuya negación a los padres trabajadores por cuenta ajena por la legislación laboral española vigente en el momento de los hechos, cuando la madre del hijo no tuviera la condición de trabajadora por cuenta ajena, contribuía «a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres

(82) EU: C:2016:447.

(83) EU: C:2010:561.

respecto al ejercicio de su función parental» (84), y se oponía a la derogada Directiva 76/207/CEE del Consejo al no garantizar a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. La consecuencia conocida de la Sentencia fue la modificación de la regulación contenida en el apartado 4 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores por el RDL 3/2012, de 10 de febrero.

Sin embargo, esa llamada a la corresponsabilidad de los hombres no ha tenido los efectos pretendidos por causa del peso, ya señalado, de los estereotipos de género, discriminando indirectamente, o directamente, a las mujeres al perpetuar el reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer. Una discriminación que se añade a la discriminación directa de las mujeres por su propia condición en el mercado de trabajo (brecha de sexos), comenzando por la debida a su embarazo, maternidad y lactancia (brecha maternal), siguiendo por su discriminación ocupacional y vertical, y terminando en su discriminación retributiva, causa, junto con la maternidad, y consecuencia de las distintas discriminaciones, sin duda de la brecha de protección social, y respecto de la que la experiencia pone de manifiesto su relevante contribución al hecho de que sean las mujeres las que deban acogerse a los derechos de conciliación familiar. La experiencia también enseña que una de las grandes dificultades para su corrección estriba en la falta de denuncias, reclamaciones y litigios planteados por las propias mujeres.

Los derechos de conciliación, formalmente enunciados como derechos individuales de titularidad indistinta de los trabajadores hombres y mujeres, y el fracaso de su ejercicio corresponsable por los hombres, han tenido, pues, el efecto de separar a las mujeres, haciéndolas aquí visibles en su condición de ejercientes de los derechos de conciliación, relegándolas de nuevo, en todo o en parte, al trabajo familiar con reducción (reducciones de tiempo de trabajo) o pérdida (excedencias) de sus retribuciones (85), enormes sacrificios en sus opciones profesionales y formativas que inexorablemente se menguan, e innegables impedimentos de retorno al trabajo ordinario por los costes en formación y empleabilidad de su apartamiento temporal del mercado de trabajo, y no solo, también por la falta de medidas jurídicas que aseguren efectivamente su retorno al trabajo original sin pérdidas de derechos laborales y sociales.

La perspectiva constitucional adecuada del enjuiciamiento del ejercicio de estos derechos de conciliación, pese a que su lenguaje los reconozca indiferenciadamente a los trabajadores con independencia de su sexo, no ha de ser otra que la que proporcionan los derechos fundamentales a la prohibición de discriminación directa e indirecta por sexo (86) y a la igualdad real de las mujeres (arts. 14 y 9.2 CE) mediante la instrumentación de medidas que remuevan los prejuicios de géne-

(84) Apdo. 36.

(85) Sobre la degradación del derecho de reducción de jornada y la inadecuada centralidad de la excedencia en el seno de las medidas de conciliación y corresponsabilidad del ordenamiento español, BALLESTER PASTOR, M. A, *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, cit., pp. 183-186 y 194-196.

(86) Femenino realmente, en la línea avanzada por la citada STC 3/2007, FJ 6. La lucha contra el trato menos favorable o el despido («la discriminación») de los trabajadores, mujeres y hombres, por el ejercicio de su derecho individual al permiso parental es la óptica adoptada por el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (cláusula 5.^a4), aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo. El TJUE acepta la discriminación masculina (*vid.* notas 70 y 77).

ro y los tratos peyorativos e inequidades del mercado de trabajo consecuentes a su utilización por las mujeres, y que hagan efectiva la posibilidad de su uso por los hombres y no prolonguen el reparto tradicional sexista de funciones y la discriminación secular de las mujeres en las tareas de cuidado y en el trabajo.

VIII. EPÍLOGO. HACIA EL FUTURO: ¿UNA HISTORIA INTERMINABLE?

Las instituciones de la Unión Europea y la OIT, en relación con los objetivos establecidos en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, han venido demandando la realización de la igualdad de género, y la eliminación de la discriminación retributiva de las mujeres y de las políticas inadecuadas de conciliación de la vida laboral y familiar. Demandas que, pese a los innegables avances habidos, no han logrado sus objetivos, lo que demuestra la resistencia de los estereotipos de género, la insensibilidad de los mercados, y la insuficiencia e ineficacia de las soluciones hasta el momento acogidas ante una voluntad política y jurídica frágil para corregir las desigualdades de hecho e instalar en la realidad social la igualdad real, sustantiva. La igualdad, el goce de derechos y el cumplimiento de obligaciones en igualdad de mujeres y hombres, ha de serlo *de iure* y *de facto*.

El pilar europeo de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017 como se dijo, vuelve a sancionar el principio de equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, dentro de su capítulo II, sobre condiciones de trabajo justas, y, con un lenguaje en ocasiones masculino genérico, neutro en otras y, en las más numerosas, común para mujeres, llamadas por su nombre, y hombres, reconoce el derecho de los padres y de las personas con responsabilidades asistenciales a permisos adecuados, condiciones de trabajo flexibles y servicios de asistencia. Afirma que las mujeres y los hombres han de tener igualdad de acceso a permisos especiales para la atención de sus responsabilidades asistenciales, y que «deberá *animárseles* a utilizarlos de forma equilibrada» (cap. II, 09). Obviamente, reconoce, entre sus veinte principios o derechos esenciales con los que se pretende renovar el proceso de convergencia europea al alza en condiciones de vida y de trabajo, el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, en relación con la participación en el mercado de trabajo, las condiciones de trabajo y empleo y la progresión de la carrera, la protección social, la educación, y el acceso a bienes y servicios a disposición del público. Distingue con menciones específicas los derechos de mujeres y hombres a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor y a las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión. Y, también específicamente, bien que con referencia no solo al género, sino también al origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, como causas prohibidas de discriminación (87)

(87) Coincidentes con la enumeradas taxativamente por el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; no con la más amplia prohibición de toda discriminación, por distintas causas relacionadas ejemplificativamente por el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

que con frecuencia se entrecruzan entre sí (discriminaciones múltiples), enuncia el deber de fomento de la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados [cap. I, 02 y 03, y cap. III,15.a)].

Se trata de un compromiso político compartido cuya ejecución corresponde a la Unión Europea y a sus Estados miembros, a las autoridades públicas y a los interlocutores sociales, así como a las organizaciones de la sociedad civil, según sus respectivas competencias.

En el contexto del pilar europeo de derecho sociales, el ya mencionado Plan de Acción para luchar contra la brecha salarial de género 2017-2019, de la Comisión, ha incluido una serie de actividades, según ocho líneas de acción principales, ciertamente no innovadoras, pero que podrán dar lugar a nuevas medidas legales (modificaciones específicas de la Directiva refundida 2006/54 y de los ordenamientos laborales de los Estados miembros) y, en todo caso, a resultados más satisfactorios de llevarse a término real y eficazmente: mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución frente a una brecha retributiva estancada e imbatible y creciente en pensiones; combatir la segregación profesional y sectorial, eliminando prontamente en la educación y la vida profesional los estereotipos que dan lugar a diferencias en el empleo de mujeres y hombres; romper el techo de cristal y combatir la segregación vertical, mejorando el equilibrio entre mujeres y hombres en los procesos y puestos de toma de decisiones en todos los sectores; abordar la penalización por cuidados mediante políticas de fomento del equilibrio entre la vida privada y la vida profesional que favorezcan el empoderamiento y la emancipación económica de las mujeres; dar mayor importancia a las capacidades, esfuerzos y responsabilidades de las mujeres y mejorar los salarios en profesiones de mujeres; visibilizar las desigualdades y los estereotipos y sus consecuencias sobre los ingresos y las pensiones; alertar e informar sobre la brecha salarial; y mejorar las asociaciones con los principales agentes implicados para corregir la brecha salarial entre hombres y mujeres a través del proceso del semestre europeo.

En ese mismo contexto, la Comisión ha aprobado una Propuesta de Directiva, también ya citada, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (88).

Mediante esta Directiva la Comisión proyecta introducir nuevas medidas legislativas mínimas destinadas a reconocer a los trabajadores derechos individuales, de titularidad indiferenciada, en forma de permisos retribuidos de paternidad de «los padres», parental de ambos «progenitores» por nacimiento o adopción de hijos – estableciendo un período mínimo de al menos cuatro meses que los progenitores no puedan transferirse mutuamente y facilitando su disfrute flexible–, y de los cuidadores, concebido como un nuevo derecho individual de «los trabajadores», hombres y mujeres, de acogerse a un período de ausencia del trabajo de al menos cinco

(88) *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, Bruselas, 26.4.2017, COM(2017) 252 final, y sus medidas no legislativas: infraestructuras para el cuidado de personas, eliminación de los desincentivos económicos, tales como desincentivos fiscales y de beneficios, que desalientan a los segundos asalariados, a menudo las mujeres, a entrar en el mercado de trabajo...

días laborables al año en caso de enfermedad grave o de dependencia de un familiar. La regulación del derecho de ausencia no retribuida de los trabajadores por causa de fuerza mayor familiar viene a reiterar la ya contenida en el Acuerdo renovado sobre el permiso parental incorporado a la Directiva 2010/18/UE, que aún no hemos transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico. Propone también la Comisión, en su nueva iniciativa, ampliar el derecho de «los trabajadores» a solicitar fórmulas de trabajo flexible (horario de trabajo reducido a través, en su caso, del trabajo a tiempo parcial, calendario laboral flexible, trabajo a distancia), y asegurar los derechos laborales de retorno al «modelo de trabajo original» y al mismo puesto de trabajo, equivalente o similar, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que los trabajadores hubieran tenido derecho durante su ausencia. En fin, la propuesta de la Comisión pronuncia el acercamiento del nuevo texto legislativo a las Directivas de igualdad, y en concreto a la Directiva 2006/54/CE, ordenando a los Estados miembros establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente al incumplimiento de sus disposiciones de transposición, proteger a los trabajadores con una garantía de indemnidad frente a represalias por el ejercicio del derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos y con la inversión de la carga de la prueba como técnica de protección frente a los despidos, y extender las competencias de los organismos fomento de la igualdad previstos en la Directiva 2006/54/CE al seguimiento y apoyo de la igualdad de trato de los progenitores y los cuidadores, sin discriminación por razón de sexo.

Cierto es el mayor equilibrio en el diseño de los derechos conciliación de los trabajadores, mujeres y hombres, del texto proyectado por la Comisión respecto de la regulación del Acuerdo renovado sobre el permiso parental aplicado por la Directiva 2010/18/UE, aunque sus avances no sean notables en relación con las legislaciones más favorables de los Estados miembros que cuentan ya con permisos de cuidado retribuidos y técnicas de trabajo flexible, que la proyectada Directiva se propone armonizar con carácter mínimo para todos los Estados de la Unión Europea, sin haber conseguido, pese a ello, fomentar la participación correspondiente de los hombres en las tareas de cuidado familiar. Por ello, el defecto más saliente del nuevo texto legal proyectado es la limitación de los incentivos adoptados para desfeminizar los derechos conciliación, alentando o «animando» a su utilización efectiva por los hombres: reconocimiento del derecho de los padres a acogerse a un permiso de paternidad durante un breve período, no inferior a diez días laborables, con ocasión del nacimiento de un hijo, intrasferibilidad del permiso parental de al menos cuatro meses para evitar la transferencia de hombres a mujeres, retribución de los tres permisos considerados mediante una remuneración o una prestación económica adecuada equivalente al menos a la recibida en caso de baja por enfermedad para alejar los derechos de conciliación del trabajo no remunerado de las mujeres, regulación jurídica protectora más acabada y relacionada con el derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación por sexo.

Son derechos a disfrutar de permisos cuya utilización efectiva por los hombres no se garantiza, como la experiencia demuestra por la fuerza de los patrones culturales enraizados en prejuicios de género, que discriminan indirectamente a las mujeres. Sobre la indemnidad de los derechos de protección social, como consecuencia del disfrute de los permisos de cuidado, la Propuesta de Directiva de la Comisión difiere a los Estados miembros la definición del régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante los períodos de permiso, también por lo que

respecta a la seguridad social, debiendo asegurarse el mantenimiento de la relación laboral durante esos períodos. Más allá de estos tres permisos, las fórmulas flexibles de adaptación del tiempo de trabajo no contemplan expresamente su ampliación, según etapas de la vida, para compensar unas de mayor trabajos con otras de reducción que conllevan la reducción proporcional de la retribución, y garantizar unas retribuciones medias a lo largo del tiempo.

Conviene no olvidar que la Recomendación núm. 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de *Naciones Unidas relativa al artículo 2 de la Convención*, de 2010 (89), califica la ineffectividad de la consecución de la igualdad entre la mujer y el hombre como una forma de discriminación contra la mujer. Y precisa que la obligación de proteger a la mujer, a todas las mujeres y particularmente a las pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables víctimas de discriminaciones entrecruzadas, contra «toda forma» de discriminación – incluso contra las que no se mencionan en forma explícita en la Convención o puedan aparecer con posterioridad–, requiere que los Estados Partes actúen frente a sujetos públicos y actores privados «con la diligencia debida» y adopten medidas directamente orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios, los patrones estructurales e históricos, y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y los roles estereotipados de los hombres y las mujeres. En otras palabras, que las formas de discriminación contra la mujer que han de perseguir los Estados, «todas», han de serlo por sexo y por género.

Pero nada es inmutable. El sistema en su conjunto, familiar y social, laboral-empresarial, económico y político, ha de encontrar soluciones eficaces a los complejos problemas de organización social, a través de los cambios legales requeridos en cada momento, para poner fin a la aceptación como normal e inevitable de una visión del mundo discriminatoria de la mujer, que atenta a su dignidad, limita su libertad y silencia su titularidad, abierta y plena, de los derechos fundamentales dirigidos a garantizar su igualdad material plena con los hombres. Es ése un objetivo constitucional irrenunciable en «la historia interminable de la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones de trabajo» (90) y en la sociedad en general? Interminable, sí, por el momento.

Por lo mismo, es necesaria la reforma de nuestro ordenamiento laboral, de empleo público y de seguridad social, con la perspectiva de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres y la finalidad de tratar de solventar los graves problemas de discriminación de las mujeres señalados. La reordenación sistemática de los derechos de conciliación es imprescindible para evitar que su ejercicio penalice el trabajo de las mujeres y para asegurar la corresponsabilidad de los hombres en las tareas de cuidado familiar mediante su reconocimiento igual, simétrico, a mujeres y hombres y mediante fórmulas de utilización flexible del tiempo y del lugar de trabajo que no repercutan negativamente en la retribución y demás condiciones de trabajo y de protección social (y que la digitalización favorece en determinadas profesiones y ámbitos de trabajo).

(89) CEDAW/C/GC/28.

(90) VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, año 2009, núm. 13, *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, a cargo de RUIZ MIGUEL, A. y MACÍA MORILLO, A., pp. 107 y ss.

La reforma de la regulación sustantiva y de protección social del contrato a tiempo parcial es obligada para garantizar su voluntariedad y su adecuación al cumplimiento de las tareas de cuidado familiar y para evitar la discriminación y la marginalidad a la que esta modalidad contractual condena a las mujeres por la posible intensa reducción de su tiempo de trabajo, de su remuneración y de sus prestaciones de seguridad social (91).

La presencia de las mujeres en puestos y órganos de dirección económico-empresarial, de las organizaciones sindicales y empresariales, y en las instituciones públicas y políticas, es inexcusable, pues, siendo las mujeres la mitad de la población, carece de todo sentido que una mitad tome decisiones sobre la otra mitad. Imprescindible es también la implicación del Estado en el cumplimiento del pilar europeo de derechos sociales y en el programa de acción de la Comisión para combatir la brecha retributiva de género y sus negativos efectos en el trabajo y en las pensiones de las mujeres y en la sostenibilidad misma del sistema de seguridad social.

La reforma de nuestra Constitución será una excelente ocasión para el reconocimiento de derechos de las mujeres y los hombres, con el lenguaje que cada derecho requiera, y para avanzar con voluntad renovada hacia una sociedad más igualitaria, justa, libre, e inclusiva de la diversidad, sin discriminaciones por sexo y género y por cualesquiera causas atentatorias a la dignidad de las personas.

(91) Y para cumplir con la jurisprudencia del TJUE: Sentencia de 9 de noviembre de 2017, *María Begoña Espadas Recio*, C98/15, EU: C:2017:833.

