

## CUADERNOS DE DEBATE

### III FORO TERCER SECTOR - ANEXO

#### IGUALDAD DE TRATO, DE OPORTUNIDADES Y TERCER SECTOR

COORDINADOR:

Fernando Rey Martínez

COLABORACIÓN:

Paloma de Villota Gil-Escóin

Leticia Delgado Godoy

Francisco Cristóbal Rincón



**Fundación Luis Vives**

Plaza de Oriente nº7, bajo izda.  
28013 Madrid

## III FORO TERCER SECTOR - ANEXO

## ÍNDICE

DOCUMENTO MARCO - ANEXO	3
EL TERCER SECTOR Y LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD RACIAL Y SEXUAL.	3
1. INTRODUCCIÓN	3
2. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN	7
3. PROBLEMAS Y PROPUESTAS	13
DESAFÍOS DEL TERCER SECTOR ANTE EL COMPROMISO DE LA EQUIDAD DE GÉNERO	17
1. SOBRE LA DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y EL TRABAJO REMUNERADO Y NO REMUNERADO (VOLUNTARIADO)	17
2. ¿CÓMO AFECTA EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DE FORMA ESPECIAL A LAS MUJERES?	22
3. DESAFÍOS DEL TERCER SECTOR ANTE LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO	22
3.1 El Tercer Sector en el conjunto de la economía española y fuentes principales de financiación	23
3.2 Personas participantes en el Tercer Sector.	27
3.3 El techo de cristal en las asociaciones que reciben subvenciones del sector público	30
3.4 Desigualdad salarial entre mujeres y hombres en el Tercer Sector.	32
3.5 El Tercer Sector ante la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva Mujeres y Hombres.	35
ANEXO AL DOCUMENTO MARCO	37
ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA BÁSICA	77

## DOCUMENTO MARCO - ANEXO

### “IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES Y TERCER SECTOR”

## EL TERCER SECTOR Y LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD RACIAL Y SEXUAL<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

#### EL PROPÓSITO DEL ESTUDIO

El propósito de esta investigación es caracterizar el papel del Tercer Sector en las políticas de igualdad de trato entre géneros y entre razas en España, recoger sus percepciones e identificar líneas de mejora para reforzar su participación en las políticas.

La hipótesis de trabajo es que las organizaciones del Tercer Sector están en mejor posición en el sistema social para detectar las situaciones de desigualdad en la sociedad y para desarrollar las acciones de formación y sensibilización que permitan erradicar o al menos mitigar la desigualdad. Uno de los elementos centrales de la filosofía sobre la que descansan las políticas de igualdad es la promoción del cambio de actitudes de la población en general hacia las situaciones de desigualdad como antesala del cambio de comportamiento de las personas o de las organizaciones públicas o privadas. El cambio de actitudes requiere acciones de formación y sensibilización desarrolladas por las organizaciones del Tercer Sector.

El objeto de estudio es el conjunto de las organizaciones del Tercer Sector cuya actividad se desarrolla en el ámbito de las políticas de igualdad de trato implantadas por la Administración General del Estado (AGE). En España se carece de información precisa acerca del número, el tamaño y las características de las organizaciones que integran este conjunto. El escaso conocimiento acerca de las mismas deriva de varios factores, entre los que destacan la multitud de definiciones y denominaciones que

<sup>1</sup> Elaborada por la profesora LETICIA DELGADO. La Bibliografía utilizada se relaciona en el Anexo VIII.

recibe, la inexistencia de registros oficiales que coincidan con alguna de las definiciones utilizadas, y la versatilidad de las mismas organizaciones del Tercer Sector<sup>2</sup>.

## EL PERFIL DE LOS CASOS SELECCIONADOS

En consecuencia, la investigación se ha centrado en una muestra reducida de ese universo escasamente conocido. Se han seleccionado dos organizaciones del Tercer Sector: una de ellas trabaja en el ámbito de la igualdad de trato entre géneros y la otra promueve la igualdad de trato entre razas. A continuación se traza con un poco más de detalle el perfil de una y otra.

**a) Fundación Mujeres (FM)** es una organización del Tercer Sector que desarrolla su actividad en el ámbito de las políticas de igualdad de trato entre géneros. Realiza actuaciones orientadas al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Estructura sus programas y proyectos en torno a tres áreas de intervención:

1. Empleo e igualdad de oportunidades. Se pretende favorecer la inserción laboral de las mujeres en las mejores condiciones posibles y desde una óptica de igualdad en su desarrollo profesional, tanto en el empleo por cuenta propia, como en el empleo por cuenta ajena.
2. Políticas de igualdad y mainstreaming de género. Se busca el desarrollo de las iniciativas institucionales de igualdad de oportunidad. Se colabora con administraciones públicas, empresas privadas y otras organizaciones del Tercer Sector, tanto en el ámbito nacional como europeo, para ayudarles a mejorar la calidad de su intervención incorporando a sus políticas los valores relacionados con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
3. Prevención de la violencia de género. Las actuaciones en este área se dirigen a la población escolar adolescente de ambos géneros y se concreta en la realización de talleres de prevención de violencia de género en estrecha colaboración con el profesorado y las autoridades educativas, y en la formación de profesionales que actúen en ese ámbito. No se atiende directamente a las víctimas de este tipo de violencia.

Se trata de una de las organizaciones de mujeres más maduras de las que existen en España, está próxima a cumplir los veinte años. Tiene una antigüedad similar a la Federación de Mujeres Progresistas, el Forum de Política Feminista y la asociación de mujeres juristas Themis. La actual FM procede de una asociación de mujeres pequeña creada en 1988. Su actividad inicial se centraba en la gestión de un programa de apoyo integral para el acceso al empleo de las mujeres. En 1994 accedió al estatus jurídico de fundación.

<sup>2</sup> Los diversos intentos de regulación del fenómeno han debido influir en su estabilidad, por lo que ahora y en general podría caracterizarse como un sector menos volátil que hace una década.

En el año 2006 gestionó un presupuesto de aproximadamente 3.600.000 euros, sensiblemente superior al del año 2005, que fue de 2.500.000 euros. El 80% de sus fondos procede de subvenciones públicas de los cuatro niveles de gobierno: europeo, estatal, autonómico y local. E implica en sus actividades a unas 30-40 profesionales. Cuenta con seis delegaciones en cinco comunidades autónomas: Andalucía, Asturias, Extremadura, Galicia y Madrid. Podría ser catalogada como una organización del sector de tamaño medio y, si circunscribimos la comparación a las asociaciones de mujeres, podría ser considerada de tamaño grande y en crecimiento.

**b) Fundación Secretariado Gitano (FSG)** es una organización del Tercer Sector cuya misión es la promoción integral de la comunidad gitana desde el respeto a la identidad cultural, a través de (1) la prestación de servicios directos a la comunidad gitana para promocionar y mejorar sus condiciones de vida y (2) la promoción de políticas más activas dirigidas a la comunidad gitana. Su estrategia de intervención en materia de igualdad de trato se estructura en tres ejes:

1. Sensibilizar a las administraciones públicas, las organizaciones sociales y la comunidad gitana a través de la formación de agentes clave en la lucha contra la discriminación: fuerzas de orden público, jueces y juristas, administraciones públicas, medios de comunicación, etc.
2. Asesorar y acompañar a las víctimas de discriminación por motivos étnicos en los procesos de defensa de sus derechos, a través de un dispositivo especializado en prestar asistencia a las víctimas, organizaciones sociales y otros servicios públicos que lo demanden.
3. Fomentar la política social para la promoción de la igualdad de trato mediante el seguimiento de la normativa antidiscriminatoria, especialmente el proceso de transposición de la Directiva 2000/43 al ordenamiento jurídico español y la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato.

Los orígenes de la FSG se sitúan en los años sesenta. Se constituyó en asociación en 1982 y adoptó el estatuto jurídico de fundación en 2001: a partir de entonces su presupuesto crece de manera regular, sin altibajos. Podría tratarse de la organización del Tercer Sector que busca la promoción de la igualdad de trato en relación a la comunidad gitana con una trayectoria más sólida, lo que se constata en varios niveles:

- La progresiva ampliación de su implantación territorial. A finales de la década de los noventa estaba presente en una sola comunidad autónoma (Madrid); en la actualidad desarrolla su actividad en más de cincuenta ciudades españolas. Cuenta con instalaciones y equipos en Andalucía, Aragón, Asturias, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco y Valencia.
- El crecimiento de su tamaño organizativo. Hace ocho años disponía de 50/70 personas para desarrollar sus actividades; hoy declara emplear a unos 700 trabajadores.
- La magnitud de su presupuesto. Gestiona unos 18 millones de euros, unas seis veces el presupuesto de la otra organización estudiada.

El perfil de la FSG quedaría incompleto si se obviara la proyección internacional que adquiere su misión con las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea (UE) hacia el este. Con la UE-27 la comunidad gitana se convierte en la minoría étnica más numerosa de Europa, con 10 millones de personas<sup>3</sup>. La constatación de la importancia que adquiere la comunidad gitana en este nuevo escenario ha llevado a la FSG a concebir la creación de una red entre las administraciones de los Estados Miembro (EEMM) con presencia gitana y las instituciones europeas que podría liderar la sección española.

## LA ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN

La estrategia de investigación seguida se centró en la recogida de información primaria de dos actores clave: personal directivo de las dos organizaciones estudiadas y personal directivo de la AGE. La técnica de investigación utilizada fue la entrevista semiestructurada, con una duración aproximada de 45 minutos. Se realizó entrevista a las siguientes personas:

- a) 9 julio 2007. D.<sup>a</sup> María Luisa Soletto Ávila, directora de la Fundación Mujeres.
- b) 11 julio 2007. D. Emilio Conejo, subdirector de programas de la Fundación Secretariado Gitano.
- c) 17 julio 2007. D.<sup>a</sup> Rosa María Peris, directora del Instituto de la Mujer (IM), adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la Administración General del Estado.

El guión conforme al cual se realizaron las entrevistas incluyó los siguientes temas:

- a) La actividad desarrollada por las organizaciones estudiadas en relación a las políticas de igualdad de trato: identificación de los ejes de actuación
- b) El perfil de las organizaciones estudiadas: historia, presupuesto, tamaño organizativo, grado de implantación territorial
- c) Las peculiaridades de las políticas de igualdad de trato
- d) El papel del Tercer Sector en las políticas de igualdad de trato: caracterización y valoración
- e) Las fortalezas y las debilidades del Tercer Sector: identificación y valoración de las mismas
- f) Los determinantes de la participación del Tercer Sector en las políticas de igualdad de trato
- g) Las propuestas de mejora de la participación del Tercer Sector en las políticas de igualdad de trato: demandas a la administración pública.

<sup>3</sup> Según las estimaciones en España viven unas 650.000 personas gitanas: un 40-45% de éstas se concentran en Andalucía.

## 2. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN

El análisis de la información recogida en las entrevistas arroja los siguientes temas.

### EL BINOMIO ENTRE SECTOR PÚBLICO Y TERCER SECTOR

Uno de los factores que más han contribuido a la aparición, crecimiento y consolidación del Tercer Sector son las políticas desarrolladas por los distintos niveles de gobierno. Y, en general, no se entiende la participación del Tercer Sector en las políticas públicas sin ir de la mano de los poderes públicos, en una especie de partenariado. Desde un punto de vista formal, las competencias para intervenir en la sociedad y la economía promoviendo la igualdad de trato pertenecen a las organizaciones públicas. El papel del Tercer Sector se construye en torno a su capacidad para mediar entre el sector público y la sociedad, para detectar y tratar las situaciones de desigualdad a las que el primero, por su lejanía institucional, no podría llegar. Por otra parte, se sostiene que la misma existencia del Tercer Sector responde a la preocupación por la desigualdad, y que, por lo tanto, las políticas que promueven la igualdad son el espacio público genuino para la participación del Tercer Sector. Entre la competencia formal de los poderes públicos y la vocación del Tercer Sector se construyen puentes de corresponsabilidad<sup>4</sup>.

La relación entre sector público y Tercer Sector difiere ligeramente según se trate de asociaciones de mujeres o de asociaciones progitanas.

#### El sector público y las asociaciones de mujeres

La proliferación de las asociaciones de mujeres en España se relaciona explícitamente con dos eventos de carácter institucional acaecidos a nivel nacional y europeo. En primer lugar, destaca como especialmente relevante la creación del Instituto de la Mujer en la primera mitad de los años ochenta. Inspiró la aparición de estructuras homólogas en algunas comunidades autónomas que a su vez promovieron la proliferación de este tipo de asociaciones en sus respectivas jurisdicciones. En segundo lugar, el impulso dado por la UE a las políticas de empleo a partir del Tratado de Maastricht de la primera mitad de los noventa (1993-1994) contribuyó no sólo a que la promoción simbiótica. La implicación de las organizaciones de mujeres en las políticas de igualdad viene avalada y justificada por un potente discurso feminista que no concibe la igualdad sin la participación de éstas en los procesos de adopción de decisiones públicas. En este ámbito, la relación entre Tercer Sector y sector público podría ser calificada como de complicidad no exenta de crítica.

<sup>4</sup> Desde el tercer sector se aspira a incrementar los niveles de implicación con el sector privado lucrativo. La relación privilegiada se construye con el sector público.

## El sector público y las asociaciones gitanas

La cooperación entre los poderes públicos y las asociaciones gitanas para abordar las cuestiones relacionadas con la desigualdad parece ser más reciente que en el caso anterior. Hoy, sin embargo, hay una relación sólida y pretendidamente estable entre ambas esferas. La estabilidad en las relaciones se deriva de la cogestión de algunos programas públicos, de la praxis, de la experiencia de la colaboración concreta en espacios bien delimitados. En términos ideológicos se trata de una cooperación anecdótica, puesto que no hay un discurso o filosofía que fundamente esa interacción.

## LA IGUALDAD ENTRE GÉNEROS Y LA IGUALDAD ENTRE RAZAS SON ÁMBITOS DIFERENTES

La igualdad de trato entre géneros y entre razas son dos temas diferentes. Esta perspectiva viene avalada por el tratamiento institucional que se le da a la cuestión: son directivas distintas las que regulan el tema a nivel europeo. También desde las organizaciones estudiadas (especializadas) se percibe que el género y la raza son obstáculos peculiares en relación a la igualdad y que requieren por tanto tratamientos específicos.

## Las peculiaridades del Tercer Sector relacionado con el movimiento de mujeres

Una de las primeras observaciones a destacar es la dificultad para determinar el número de organizaciones o asociaciones que componen el movimiento de mujeres en España. Influyen varios factores:

- 1) La inexistencia de un registro nacional de asociaciones de mujeres. La administración estatal no dispone de un registro nacional de organizaciones de mujeres<sup>5</sup>.
- 2) Los registros existentes están asociados a las convocatorias oficiales de subvenciones. Los distintos niveles de gobierno y administración disponen de información fragmentaria a ese respecto: suelen disponer de un registro del número de organizaciones del Tercer Sector que solicitan las subvenciones que los respectivos departamentos de asuntos sociales ofrecen. En este sentido, el IM cifra el número de organizaciones que solicitan financiación a nivel estatal en torno a 200-300 organizaciones; se trataría de organizaciones que contemplan en sus estatutos que su acción es de ámbito estatal o que pueden demostrar que operan en más una comunidad autónoma.
- 3) La organización territorial del estado español. En primer lugar, tal y como se señaló en el epígrafe anterior, cada gobierno, ya sea estatal, autonómico o local podría disponer de su propio registro de las organizaciones del Tercer Sector que operan en sus respectivos ámbitos territoriales. En segundo lugar, las organizaciones del Tercer Sector, a medida que van creciendo en tamaño e implantación territorial, tienden a estructurarse de manera paralela a la organización territorial del

<sup>5</sup> Habría que indagar en qué medida el registro de asociaciones del Ministerio del Interior podría paliar este déficit de información acerca del tamaño del sector público.

estado<sup>6</sup>. Esta tendencia podría estar relacionada con el alto grado de dependencia del Tercer Sector español respecto de los fondos públicos: dado que “la financiación manda mucho”.

- 4) La vinculación con el movimiento feminista. En todo el país podría haber unas 8.000 asociaciones de mujeres, tantas como municipios. Sin embargo, sólo una parte de las mismas está inspirada en postulados de carácter feminista. Hay un solapamiento entre “asociaciones de mujeres” y “asociaciones de mujeres feministas”<sup>7</sup>. Las asociaciones de mujeres más comprometidas con los valores y principios feministas serían más exigentes y tenderían más que el resto a involucrarse en la acción pública, por lo que probablemente los registros de organizaciones solicitantes de subvenciones se referirían a este subconjunto<sup>8</sup>.

El movimiento feminista se autodefine como reivindicativo, lo que desde el sector público se percibe como una voluntad de participar y un grado de compromiso mayor que en otras organizaciones del Tercer Sector que enfatizan el valor de la solidaridad. Este carácter reivindicativo se relaciona con la aspiración a la autonomía. A estas asociaciones les cuesta ceder la palabra a otras, por lo que es difícil que tome cuerpo una organización capaz de agruparlas a todas. Ha habido algunos intentos de estructurar el Tercer Sector en materia de género:

- a) En la primera mitad de los noventa se promovió la creación una estructura formal (CELEM) que fuera capaz de erigirse en portavoz del movimiento de mujeres en su totalidad en las políticas españolas de igualdad. Este intento fue auspiciado por organizaciones europeas de mujeres. A este tipo especie de federación de asociaciones de mujeres feministas se le achacan dos inconvenientes: por un parte, en la actualidad carece de protagonismo alguno en el debate público; por otro, en su seno pueden adoptarse decisiones en las que no se reconocen las asociaciones que la componen. El relativo fracaso de CELEM como portavoz de las asociaciones feministas es congruente con la percepción de que éstas difícilmente se dejan representar y raramente ceden el protagonismo.
- b) Más recientemente, en torno a 2001, se creó una red de carácter informal (Red Feminista Contra la Violencia de Género), que carece de estructura jurídica formal pero que ha demostrado ser muy útil en términos de comunicación pública e incidencia política. Se configura como un sistema de comunicación hacia la sociedad en general y los medios de comunicación en particular. Se busca construir mensajes coherentes y claros que contribuyan a aumentar la sensibilización hacia la violencia ejercida contra las mujeres; en este sentido, hace el recuento público del número de mujeres muertas en episodios de violencia de género. Esta red no cuenta con recursos económicos y humanos propios, por lo que no aspira a participar en las políticas públicas<sup>9</sup>. De alguna manera gestiona el acuerdo de las asociaciones de mujeres feministas en relación al tema concreto de la violencia de género. En la actualidad parece la vía más adecuada para que el movimiento feminista logre concretar acuerdos.

<sup>7</sup> Las entrevistadas se referían indistintamente a “asociaciones de mujeres” y al “movimiento de mujeres”. Se asume que el “movimiento de mujeres” equivale al conjunto de las “asociaciones de mujeres feministas”.

<sup>8</sup> Desde el feminismo se entiende que la creación de las asociaciones de mujeres contribuye a que se visualice la presencia de éstas en la vida pública del país (*empowerment* o empoderamiento).

<sup>9</sup> FM aporta bastantes recursos al mantenimiento de la Red.

Para el sector público la variedad y diversidad en el movimiento asociativo de mujeres constituye una riqueza. Veremos cómo se articula para poner en marcha el Consejo estatal de la Mujer, cuya composición está siendo objeto de negociación en estos momentos<sup>10</sup>.

### El Tercer Sector y el colectivo gitano

El Tercer Sector en el ámbito de la población gitana parece articularse en torno a un modelo asociativo étnico: se trata de asociaciones más bien pequeñas (una asociación en cada ciudad española con población gitana), cuyos miembros son de etnia gitana y cuya existencia responde a motivaciones identitarias. El carácter étnico de las asociaciones podría contribuir a delimitar mejor el sector<sup>11</sup>. En cualquier caso, se trata de un Tercer Sector calificado como débil.

En este ámbito resulta más fácil la agrupación de las asociaciones en torno a una estructura cuasi-federal, ya que existe la Unión Romani. FSG, sin embargo, no responde al modelo de asociación gitana: por su tamaño organizativo (presupuesto, personal e implantación territorial) es una organización grande, en ella participan personas gitanas y no gitanas, adopta el estatus jurídico de fundación y combina la condición de altavoz de la población gitana española con la vocación de relacionarse transnacionalmente en el ámbito europeo.

Por último, hay que mencionar el Consejo estatal del Pueblo Gitano. Aunque es temprano para hacer valoraciones al respecto, lleva en funcionamiento algo más de un año; y el mismo hecho de que esté en funcionamiento denota que se trata de un sector menos complejo que el anterior y con menos dificultades para articularse. La creación de este consejo responde a las exigencias de directivas europeas en materia de igualdad de trato.

### LA HETEROGENEIDAD DEL TERCER SECTOR: ESPECIALIZACIÓN Y NO ESPECIALIZACIÓN

El Tercer Sector en general se presenta como tremendamente heterogéneo en relación a la especialización: hay organizaciones muy especializadas en el tratamiento de estos asuntos, mientras otras no lo están. En el campo de la igualdad entre géneros participan organizaciones con menor grado de especialización como los sindicatos y Cáritas. Para las organizaciones especializadas, como las estudiadas, la falta de especialización puede diluir los efectos positivos del trabajo especializado. Unas y otras compiten por la captación de recursos importantes para su supervivencia y su legitimación pública: las subvenciones de las administraciones públicas de los distintos niveles de gobierno y la cuota de representación en los órganos con participación mixta de representantes de la administración y del Tercer Sector.

El dilema entre la especialización y la falta de la misma se vive de manera diferente según el tamaño de la organización y la diversificación y/o solidez de las fuentes financieras de las que dependen.

<sup>10</sup> En este sentido cabe destacar que FM, aunque mantiene una relación estrecha con el IM, no podría participar en dicho consejo, al no ser una asociación que representa a las mujeres: su actividad responde más al modelo de organización consultora que ofrece servicios de carácter técnico a otras organizaciones públicas y privadas.

<sup>11</sup> Si constan en el registro de asociaciones del Ministerio del Interior podrían cuantificarse.

## LA PARTICIPACIÓN DEL TERCER SECTOR EN LAS DISTINTAS FASES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para el sector público, articular políticas públicas en connivencia con el Tercer Sector es una garantía de acierto en la intervención. Estas organizaciones tienen un conocimiento de la realidad social al que las administraciones públicas difícilmente podrían llegar. Y cuando el Estado pone en marcha una política pública en cuyo diseño han participado las organizaciones del Tercer Sector está aunando los esfuerzos y el conocimiento de ambos sectores.

Según los estudios de políticas públicas, éstas atraviesan en su desarrollo varias fases. La participación del Tercer Sector es diferente en cada una de ellas.

- a) Identificación y definición de problemas. En esta primera fase se incluye una serie de actividades relacionadas con la detección de problemas por parte de las administraciones públicas. Los agentes sociales luchan por incorporar determinadas problemáticas a la agenda de los poderes públicos. El carácter reivindicativo del Tercer Sector se relaciona con una participación más intensa en esta primera fase de las políticas públicas. Actúan como *agenda setters*, llamando la atención de los decisores públicos sobre la existencia de situaciones problemáticas que habrían quedado sistemáticamente al margen de las prioridades públicas en el pasado y que serían difícilmente detectables por las administraciones públicas. El Tercer Sector se suele ofrecer a colaborar con las administraciones públicas en el diagnóstico de las situaciones problemáticas.
- b) Formulación de las políticas. Una vez que las autoridades han decidido hacerse cargo de un problema, exploran las posibilidades de actuación en relación al mismo. Resulta razonable que para determinar el grado de viabilidad técnica y especialmente políticas de las alternativas barajadas recaben los enfoques y planteamientos del Tercer Sector al respecto. La participación del Tercer Sector en este ámbito está quizás menos estructurada y formalizada, dependería más de los condicionantes de cada situación concreta.
- c) Adopción de decisiones. Esta fase es típicamente pública y ningún actor externo dispone de la legitimidad necesaria para intervenir en sustitución de los poderes públicos. La creación de consejos en el seno de los cuales coincidan sector público y Tercer Sector facilita la participación del último en la elaboración de las decisiones. Tal y como se recogía anteriormente, en los ámbitos estudiados y a nivel estatal se están implantando mecanismos que favorecen la comunicación entre ambos sectores y que se enmarcan en un esfuerzo deliberado por parte del gobierno central para poner en marcha mecanismos de democracia participativa. Estos mecanismos son concebidos como espacios de escucha mutua: en los que la administración pública recoja las reivindicaciones de la sociedad civil y el Tercer Sector se haga cargo de las limitaciones y restricciones de las actuaciones públicas.
- d) Implantación de las políticas. La participación del Tercer Sector en esta fase se circunscribiría a aquellos programas que se ejecuten en régimen de cogestión con las administraciones públicas. Cuando las políticas se traduzcan en la entrada en vigor de una ley que comporta derechos para los colectivos afectados por situaciones de desigualdad, el Tercer Sector se ubica en el papel de “vigilante”, desde la sociedad, para que ese texto legal se cumpla.

e) Evaluación de las políticas. Resulta razonable pensar que el Tercer Sector hace algún tipo de valoración por su cuenta respecto al impacto de los programas que se desarrollan en régimen de cogestión. Sin embargo, dada la escasa institucionalización de la práctica de la evaluación en las políticas españolas, difícilmente se concibe que la participación del Tercer Sector en los mecanismos públicos de evaluación de los programas. En el diseño de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios se prescinde, por el momento, no sólo de la participación del Tercer Sector en la valoración de cualquiera de los parámetros en los que pueda traducirse la calidad de los programas y de los servicios públicos, sino también de la preocupación por algunos aspectos de las políticas que se entienden como transversales a toda actuación pública, como es el impacto de género.

### Los determinantes de la participación del Tercer Sector en las políticas de igualdad de trato

1. La financiación es un tema crucial para el Tercer Sector. La principal lección que las organizaciones han aprendido a partir de las experiencias es que deben aspirar a diversificar las fuentes de financiación. En un doble sentido. El Tercer Sector depende en España, en su mayoría, de fuentes de financiación públicas. En primer lugar, aspiran por lo tanto, a aumentar la proporción de su financiación no pública, bien derivada de donaciones bien derivada de la venta de productos o servicios a otras organizaciones. En segundo lugar, y para prevenir las crisis que por distintos motivos pueda sufrir, aspira a diversificar las fuentes de financiación públicas. En este sentido, las entidades suelen presentarse a las convocatorias de subvenciones formuladas por las administraciones de los distintos niveles de gobierno: europeo, nacional, regional y local. Las fuentes de financiación pública que aparecen como más deseable son las vinculadas a la UE: suelen ser de mayor cuantía que las de otros niveles de gobierno; están vinculadas a estrategias de actuación plurianuales, por lo que aseguran la financiación durante varios años y no obligan a realizar los trámites de solicitud anualmente; no están tan sometidas a los cambios políticos como los niveles de gobierno inferiores.
2. El color político de los gobiernos también influye en la financiación y, en consecuencia, también en el papel que se da al Tercer Sector en las políticas. En principio, estas organizaciones son bastante sensibles a los cambios de color político de los gobiernos a nivel central. En términos generales, se vincula al PP con un descenso y al PSOE con un ascenso del monto de las subvenciones.

Sin embargo, puede que las diferencias entre uno y otro partido político no se refieran tanto a la cantidad de las subvenciones como a la visión que uno y otro tienen del lugar que debe ocupar el Tercer Sector en el desarrollo de las políticas públicas y a los mecanismos que prefieren para financiar a este sector.

- a) Por lo que se refiere a la función que deben cumplir en el desarrollo de las políticas, los gobiernos del PP suelen preferir un Tercer Sector poco reivindicativo en términos sociales y que ocupe un lugar muy secundario, probablemente subsidiario de la acción de los poderes públicos, y multifuncional, que se ocupe de la atención a varias problemáticas

sociales. Por el contrario, el PSOE suele conectar mejor con la parte más reivindicativa de las organizaciones del Tercer Sector, más especializadas y que tienen un menor tamaño.

- b) En relación a las vías de financiación, el PP puede recurrir a vías de financiación distintas a las convocatorias de subvenciones para financiar al Tercer Sector, como la realización de contratos por obra y servicio o las donaciones; el PSOE parece ser más proclive al uso de las convocatorias de subvenciones al uso, aunque también recurre a los contratos por obra o servicio.

La posición de un tema en la agenda y las coincidencias entre las agendas de distintos niveles de gobierno también favorece la participación del Tercer Sector en las políticas públicas. También se apunta la posible importancia del tamaño del colectivo afectado por una situación de desigualdad como determinante. En general, se trata de factores muy asociados con el color político de los gobiernos.

3. La consistencia del tejido organizativo del Tercer Sector también influye en la participación de éste en las políticas públicas. El movimiento asociativo de mujeres, aunque con límites imprecisos, se compone de multitud de asociaciones que difícilmente se articulan en torno a una federación, pero que tienen capacidad y criterio para intervenir no sólo en las políticas pública sino también en el debate acerca de las mismas. El movimiento asociativo gitano o progitano, por el contrario, se compone de asociaciones que se articulan más fácilmente en torno a una federación que responde más a motivaciones identitarias que al interés en participar en las decisiones públicas.

### 3. PROBLEMAS Y PROPUESTAS

#### LOS PROBLEMAS DEL TERCER SECTOR

La situación del Tercer Sector se caracteriza por la existencia de algunos problemas:

1. La gestión de los recursos. En las organizaciones del Tercer Sector de tamaño medio-pequeño la gestión diaria de los recursos que utiliza supone una rémora en comparación con organizaciones de dimensiones similares en el sector privado lucrativo. Al depender de muchas fuentes de financiación y ser éstas externas, se incrementan los trámites a realizar. La gestión se hace más compleja: a los trámites que implica la producción de los servicios y de las actividades propias se añade las perspectivas temporales de los planes en el marco de los cuales reciben subvenciones. Cabe señalar, no obstante, que esto no se percibe como un problema en las organizaciones grandes.
2. La rendición de cuentas ante las administraciones públicas. Los procesos de justificación de las subvenciones públicas recibidas por organizaciones del Tercer Sector denotan una desconfianza del sector público hacia el mismo.

3. La imagen y las actitudes sociales hacia el Tercer Sector. La imagen social del Tercer Sector en España está muy marcada por el modelo de intervención social de la iglesia católica, basado en el criterio de la buena voluntad. En consecuencia, sólo se moviliza con motivo de alguna desgracia concreta y para dar apoyo económico en relación a dicha desgracia concreta. El fortalecimiento institucional del Tercer Sector no es muy congruente con esa tradición. Por otra parte, los escándalos relacionados con organizaciones del Tercer Sector que han malversado fondos recaudados con fines humanitarios tampoco contribuye a generar la confianza necesaria para el desarrollo de actividad que contribuyen a paliar problemas públicos.
4. La dependencia externa en el ámbito de la financiación. Las organizaciones del Tercer Sector presentan una fuerte dependencia respecto a las convocatorias de subvenciones de las administraciones públicas. Las dos fundaciones estudiadas empiezan a producir y vender servicios a otras organizaciones públicas o privadas, pero se trata de una práctica por el momento con una incidencia escasa en el presupuesto global de las mismas. La dependencia de fuentes económicas externas hace a estas organizaciones vulnerables a los cambios que se puedan producir en las instituciones públicas que financian la actividad que desarrollan.
5. La falta de profesionalización. El Tercer Sector español se encuentra a caballo entre el voluntariado y la profesionalización. Desde las organizaciones se apuesta por reforzar y completar los procesos de profesionalización actualmente en desarrollo. Para poder participar en las políticas públicas hay que incrementar los niveles de profesionalización del Tercer Sector, lo que se concibe como un rasgo de madurez democrática.
6. La actitud reivindicativa en un escenario de escucha gubernamental. Paradójicamente, cuando un gobierno asume buena parte de las reivindicaciones del Tercer Sector, éste se puede quedar sin discurso, perplejo y desconcertado, por lo que tiene que reubicarse en un nuevo escenario. Los medios de comunicación sólo se hacen eco de las comunicaciones cuando se hacen desde una actitud de crítica a los gobiernos

## LAS PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL TERCER SECTOR EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO

Desde el Tercer Sector, se formulan varias propuestas en relación a su fortalecimiento:

1. Mejorar el reconocimiento de las asociaciones de mujeres como agentes sociales<sup>12</sup>. En la Constitución no se les confiere el estatus de agente social, no tienen derecho a una representación en el Consejo Económico y Social.
2. Abrir espacios institucionales adicionales para la participación de las asociaciones de mujeres. En la actualidad se insiste en la necesidad de evaluar el impacto de género de las políticas proyectadas, sin embargo, no se ha dado cabida a este objetivo en la configuración de la recién-

<sup>12</sup> Las asociaciones de mujeres creen que la representación de las mujeres en los espacios públicos y constitucionales habilitados para ello podría ser más plural. Los sindicatos no agotan la representación de las asociaciones de mujeres.

- temente creada Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.
3. Mejorar la imagen social del Tercer Sector. Para abordar este cometido se piensa concretamente en la Fundación Luis Vives.
  4. Trabajar el tema de la diversidad como un valor. En el ámbito de la convivencia interétnica se señala que las administraciones públicas deberían promover campañas en las que se presentase la diversidad como un valor.
  5. Incorporar la normativa europea. La administración española debería ser más sensible y ágil en el cumplimiento de la normativa europea, específicamente en aquellas relacionadas con la igualdad de trato, y más inflexible ante los delitos que ponen de manifiesto la desigualdad.





## DESAFÍOS DEL TERCER SECTOR ANTE EL COMPROMISO DE LA EQUIDAD DE GÉNERO<sup>13</sup>

### 1. SOBRE LA DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y EL TRABAJO REMUNERADO Y NO REMUNERADO (VOLUNTARIADO)

A escala planetaria, la ausencia de desarrollo puede ser considerada como la insatisfacción de las necesidades básicas del ser humano, tanto de carácter físico como psíquico. En esta misma línea de interpretación cabe enumerar los enunciados de la Conferencia Internacional de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, en la que se reconoce el derecho al desarrollo y se constituye a la persona humana como el sujeto central del mismo<sup>14</sup>. Pese a estas declaraciones de carácter universal, la realidad marcha por otros derroteros, y persisten las miserables condiciones de vida de los habitantes de los suburbios de las grandes aglomeraciones urbanas, la mendicidad y la prostitución infantil que visualizan los desajustes socioeconómicos subyacentes. Incluso en los países industrializados se puede observar la desventajosa situación socioeconómica de muchos hombres y mujeres que han tenido que desplazarse para buscar su supervivencia con una emigración forzosa y el aumento de la desigualdad entre la gente.

Esta desigualdad puede percibirse en los desafíos al desarrollo humano con niveles inaceptables de privaciones en la vida de la gente como afirma el Informe sobre Desarrollo Humano del año 2001.<sup>15</sup>

*“De los 4.600 millones de habitantes de los países en desarrollo, más de 850 son analfabetos, casi 1.000 millones carecen de acceso a fuentes de agua mejoradas, y 2.400 millones no tienen acceso a servicios sanitarios básicos. Cerca de 325 millones de niños y niñas no asisten a la escuela. Además, 11 millones de niños menores de 5 años mueren por causas que podrían evitarse. Alrededor de 12.200 millones de personas viven con menos 1 dólar al día (PPA en dólares EEUU de 1993), y 2.800 millones con menos de 2 dólares al día. Estas privaciones no se limitan a los países en desarrollo. En los países miembros de la OCDE más de 130 millones de personas padecen pobreza de ingresos, 34 millones se encuentran desempleados, y la tasa media de analfabetismo funcional de adultos alcanza el 15%”.*

Al comparar la desigualdad de ingresos entre los más ricos y más pobres del mundo, al usar la conversión de los tipos de cambio en la comparación, se aprecia que la diferencia entre el 10% más rico de 51,5 en 1970 a una relación de 127,7 a 1 en 1997. Pero si se utiliza en el análisis tipos de conversión de las paridades del poder adquisitivo (PPA) para homogeneizar los ingresos respecto a una moneda común y eliminar las diferencias en los distintos niveles de precios de los países, la medición arroja un aumento de la desigualdad más moderado, al pasar de 19'4 a 26'9 de 1970 a 1997.

<sup>13</sup> Elaborada por Paloma de Villota. La bibliografía utilizada se menciona en el Anexo VIII.

<sup>14</sup> Conferencia Internacional de Viena sobre Derechos Humanos, párrafo 6, apartado 2.

<sup>15</sup> PNUD, 2001, pp. 11-12

Esta tendencia se viene perfilando desde hace varias décadas pues la disparidad de ingresos en 1960, a escala internacional, entre el 20% más pobre y más rico ascendía a una proporción de 30 a 1, mientras que en 1990 esta diferencia era ya de 60 a 1 y en 1995 de 74 a 1.<sup>16 17</sup>

Ante esta situación resulta difícil encontrar respuestas, pero - por execrable e inadmisibles que resulte - ayuda a que la violencia se enquistee, tanto en el interior como en el exterior de los estados con brutales enfrentamientos étnicos y con estallidos esporádicos, de mayor o menor virulencia. Su utilización puede seguir justificándose como herramienta válida para quienes se encuentran en situaciones desesperadas y por quienes que se obstinan en hacer inamovibles las reglas del juego

En el ámbito económico, debe recordarse que existe un lenitivo que alivia las condiciones sociales y calidad de vida real de la gente. Y este lenitivo es la actividad económica invisible, no registrada estadísticamente por los sistemas de contabilidad nacional y llevada a cabo por un número incontable de hombres, niños, niñas y, sobre todo, mujeres que aportan su tiempo vital con la entrega de innumerables horas de trabajo de forma gratuita para la mejora de la calidad de vida.

Pese a esta contribución gratuita a la sociedad, es un hecho hartamente conocido que las mujeres sufren infravaloración social, debido a que en la actualidad, con frecuencia, se equipara la condición de una persona exclusivamente a su capacidad de obtener ingresos. Por ello, pese a absorber una mayor proporción del total de la carga de trabajo y a que la participación masculina en el mercado laboral es el resultado de una producción conjunta, gran parte de la cual no sería posible si las mujeres no se quedaran en casa cuidando a los miembros de la familia y llevando a cabo el trabajo doméstico; las mujeres tienen un acceso limitado a determinados derechos sociales, como por ejemplo las pensiones de jubilación y, ello es así, como consecuencia de que el diseño de la seguridad social, en casi todos los países, reconoce - como mecanismo de acceso fundamental - a quienes realizan un trabajo remunerado y sólo contempla a los demás miembros de la familia como meros perceptores de derechos derivados, en función de sus vínculos filiales, conyugales, etc. Sin duda, este diseño de la política pública fortalece la dominación patriarcal y un tipo de familia con una persona, cabeza de familia, perceptor/a de ingresos, en posesión de derechos sociales directos, mientras sus restantes miembros son sólo portadores de derechos derivados.

Del mismo modo, las mujeres se consideran inactivas porque los trabajos que realizan -en su mayoría- no se contabilizan en el Sistema de Contabilidad Nacional (SCN), pero al no computar la actividad económica que realizan como actividad económica, no tienen acceso a los derechos sociales que se diseñan de acuerdo con el grado de participación en el mercado de trabajo... Resulta imperioso, por tanto, romper cuanto antes este círculo vicioso o, al menos, intentarlo y denunciar estos mecanismos de opresión como hace la filósofa, Rosi Braidotti que, desde una perspectiva feminista, cuestiona la supuesta "neutralidad" de los sistemas de medición económica, centrados exclusivamente en determinadas actividades económicas:

<sup>16</sup> Ibidem pág. 85 y sigs.

<sup>17</sup> Este reparto del ingreso en el mundo, trae a mi memoria la conocida fábula de Esopo en la que salieron a cazar el león, la vaca, la cabra y la oveja llevándose muy bien por el camino. Lograron cazar un ciervo y llegada la hora del reparto el león, que era el más respetable de los cuatro, hizo cuatro partes, tantas como cazadores y exclamó a continuación:

"Esta primera parte para mí, porque me llamo león; la segunda me parece también, porque soy el más fuerte de todos me corresponde la tercera porque he trabajado más que ninguno y respecto a la cuarta, quién se atreva a tocarla tendrá que entenderse las conmigo".

*“Las cuestiones con relación al Sistema de Contabilidad Nacional están no solo relacionados en cómo y en qué se mide sino sobre lo que no se mide, esto es el lado oculto del crecimiento económico: pobreza y contaminación de la naturaleza. La paradoja de este sistema es que la caminata de ocho horas de las mujeres de Tanzania para el acarreo de agua es considerada como actividad improductiva mientras que la descontaminación de residuos químicos o la producción y mantenimiento de armas nucleares crea valor añadido y contribuye al crecimiento económico. El SCN no es, bajo ningún concepto, un método estadístico inocente. Por el contrario, sirve como instrumento para perpetuar los valores económicos reduccionistas en que se fundamenta y, por tanto, se utiliza como medio para generar una realidad económica que destruye el medio ambiente y perpetúa la subordinación de las mujeres”.*<sup>18</sup>

De acuerdo con la información suministrada por el informe de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1995, elaborado por la ONU las mujeres en los países en desarrollo y en los industrializados trabajan en mayor proporción que los hombres en la economía invisible y en total, un mayor número de horas, conforme ponen de relieve los estudios realizados sobre el uso del tiempo. Por ejemplo, en Kenya, un 35% más y, en Italia, un 28%.

Por su parte, el Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática en colaboración con el Instituto Nacional de las Mujeres de Méjico, señala el aumento de la desigualdad de género en los años centrales de la vida, fundamentalmente entre los cuarenta y cuarenta y nueve:

*“El promedio de horas que dedican hombres y mujeres al trabajo domestico y extradoméstico, observamos que las mujeres en todos los grupos de edad trabajan más horas que los hombres, lo que significa que la jornada de trabajo femenina es mayor que la de los hombres.*

*El número promedio de horas semanales de sobretrabajo femenino oscila entre 6 y 10 horas, y en general aumenta conforme se incrementa la edad de las mujeres.*

*La mayor diferencia en el número promedio de horas dedicadas al trabajo doméstico y extradoméstico la presenta el grupo de 40 a 49 años, grupo en el cual las mujeres trabajan 9.9 horas semanales más que los hombres. En los grupos de 50 a 59 años y de 30 a 39 años, las diferencias son de 9.8 y 9.3 horas, respectivamente; en el grupo de 60 y más años la diferencia es de 8.5 horas, y en los grupos de 12 a 19 años y de 20 a 29 años, se presentan las menores diferencias, estas son de 6.4 horas y 7.1 horas semanales.”*<sup>19</sup>

Es incuestionable que tanto el trabajo remunerado como el no remunerado se interrelacionan mutuamente y no pueden seguir analizándose de forma aislada porque la productividad en uno estará en función de las horas de dedicación al otro. El informe citado del PNUD, de 1995, subraya la necesidad de mejorar las estadísticas actuales, para que las encuestas de la población activa, que registran a las personas de acuerdo con el desempeño de su jornada laboral, reflejen la distribución del tiempo entre las diferentes actividades económicas llevadas a cabo por los distintos miembros del hogar. En este sentido, recomienda se complementen los cuestionarios con preguntas específicas sobre la realización

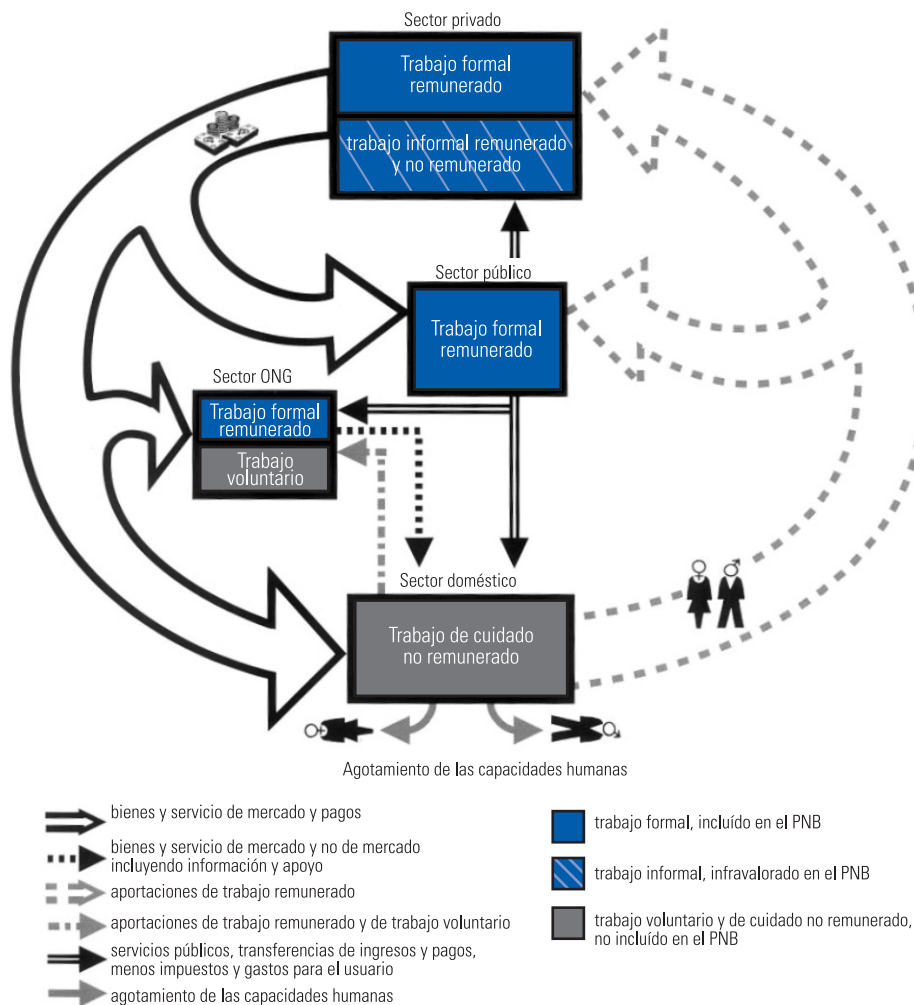
<sup>18</sup> Rosi Braidotti et Alter: “Women, the Environment and Sustainable Development. Towards a Theoretical Synthesis”. 1994. p.140.

<sup>19</sup> Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática (INEGI): *Mujeres y Hombres 2002*. México 2002. Pág. 315

simultanea de otras actividades para conocer la intensidad del trabajo desempeñado en un mismo intervalo temporal, como cuidado de niños y niñas a la vez que preparación de los alimentos, etc.

Algunos estudios han cifrado la aportación del trabajo no remunerado total en torno a los 16 billones de dólares, lo que significa un 70% más del producto mundial, valorado en 23 billones de dólares. En esa estimación se incluye tanto el valor del trabajo no remunerado realizado por mujeres y hombres como el valor de la desvalorización del trabajo femenino en el mercado. De esta cifra, 11 billones corresponden a la contribución no monetizada e invisible de las mujeres.<sup>78</sup>

El diagrama adjunto, reproducido del Informe del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM): El progreso de las mujeres en el mundo 2000, coordinado por Diane Elson, explica este hecho de forma muy pedagógica, a la vez que pone de manifiesto la interconexión entre la economía remunerada y no remunerada en la que las mujeres se encuentran atrapadas:



<sup>78</sup> PNUD: *Informe sobre desarrollo humano*, 1995. Nueva York, 1995

En el informe se explica el diagrama de la siguiente manera:

*“Los cuatro sectores están conectados por canales tanto de mercado como ajenos a éste. El sector doméstico suministra personas para trabajar en todos los demás sectores. El sector privado vende bienes a todos los demás sectores. El sector público cobra impuestos y honorarios a los usuarios y realiza transferencias de renta a los demás sectores, proveyéndoles también servicios públicos. El sector de las ONG brinda servicios, tales como salud, educación, servicios sociales, culturales y recreativos al sector doméstico, algunas veces gratuitos, otras veces mediante un honorario.*

*Estos canales, que son culturales y económicos, llevan mensajes y valores, al mismo tiempo que bienes, dinero y personas. Los valores comerciales fluyen desde el sector privado, resaltando la importancia de beneficios y de crear una especie de igualdad -pero sólo para aquéllos con suficiente dinero. Los valores reguladores surgen del sector público, que pone el énfasis en la importancia de los ciudadanos, las normas y las leyes, pero a menudo no se asegura de que éstas sean democráticas, en lugar de autocráticas o burocráticas. Los valores de aprovisionamiento fluyen del sector doméstico, poniendo énfasis en la importancia de la satisfacción de las necesidades de los individuos. A menudo, esto significa que las mujeres adultas sanas satisfacen las necesidades de los demás pero continúan ellas mismas sufriendo necesidades. Los valores de reciprocidad y cooperación fluyen del sector de las ONG, pero a menudo de maneras que siguen siendo jerárquicas y excluyentes”<sup>20</sup>*

Y, posteriormente, se alude a la división sexual del trabajo:

*“Los hombres y las mujeres trabajan en todos los sectores, pero hay variaciones sistemáticas en la división genérica del trabajo. El trabajo de cuidado no remunerado, el trabajo voluntario y el trabajo informal remunerado y no remunerado tienden a ser realizados mayoritariamente por mujeres (con alta participación de las mujeres en este tipo de empleo), mientras que el trabajo formal remunerado en los sectores privado, público y de ONG tiende a ser realizado mayoritariamente por hombres (con alta participación de hombres en este tipo de empleo)”.*

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, es ineludible que la forma de integración en el mercado de trabajo es distinta y, como se verá en el siguiente apartado, continúa siéndolo para mujeres y hombres tanto en los países del Norte como del Sur.

<sup>20</sup> UNIFEM: *El progreso de las mujeres en el mundo*. Nueva York, 2000, p. 27

## 2. ¿CÓMO AFECTA EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DE FORMA ESPECIAL A LAS MUJERES?

La repuesta es sencilla y ocurre tanto en los países del Norte como del Sur. La razón se encuentra en la peculiar y mayoritaria forma de incorporación de las mujeres a la economía a través de la economía invisible o no remunerada, con las desventajas que conlleva. Además, es preciso considerar que se generan flujos en diferente sentido, entre ellos un movimiento migratorio procedente de los países en desarrollo a los industrializados que cada vez alcanza mayor importancia cuantitativa.

*“El comercio internacional, la inversión internacional y la migración internacional no son fenómenos nuevos. Lo que es nuevo es la velocidad acelerada y el alcance de los movimientos de capital real y financiero de las últimas décadas del siglo veinte, principalmente debido a la eliminación de los controles del Estado sobre el comercio y la inversión...”*

Esta aceleración, junto al cambio tecnológico experimentado en los últimos años, ha expandido la actividad comercial, a escala mundial, y ha diseminado la producción hacia la configuración de un sector privado global, que se caracteriza por la continua expansión de los mercados y las subsiguientes crisis financieras.

Los sectores doméstico y público, al igual que las ONG, se asientan fundamentalmente, sobre las economías estatales y cuando utilizan nuevas tecnologías lo hacen a una escala minoritaria en comparación con el sector privado. Ello ha generado las diferencias entre la movilidad del capital y la de las personas, como se dijo anteriormente.<sup>21</sup>

Si se considera la participación del voluntariado como una actividad económica que mejora la calidad de vida de las personas, debe ser tenido en consideración. Es decir, al igual que en el caso del sector doméstico, permanece invisible para el Sistema de Contabilidad Nacional, salvo en el caso que las personas detenten una relación laboral por la que sí acceden a una pensión contributiva, vacaciones remuneradas, prestación por desempleo y otros derechos sociales.

## 3. DESAFÍOS DEL TERCER SECTOR ANTE LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Este apartado se centra en el sector de la economía que utiliza en mayor o menor medida, para el desarrollo normal de su actividad, trabajo no remunerado o voluntario, aunque también emplee trabajo remunerado. Su expansión durante las últimas décadas se debe a diversos factores entre los que cabría destacar, sin ningún afán de exhaustividad, el proceso de globalización y la reestructuración de Estado de Bienestar. Esta última ha generado cambios profundos “con un mayor peso de lo asistencial y de la acción privada tanto solidaria como mercantil” como apuntan Marbán y Rodríguez Cabrero, que ha significado el consiguiente traslado de parte de los costes de los servicios sociales a la familia o a

<sup>21</sup> El voluntariado: prácticas sociales e impactos económicos en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales pp 50-51.

las entidades de carácter voluntario. Ello se ha producido como consecuencia de la paulatina contención estatal justificada por dificultades financieras “a veces reales y otras sobredimensionadas”<sup>22</sup>

Una vez mencionada la tendencia reciente hacia el trasvase de costes desde el sector público a las economías domésticas o las organizaciones no gubernamentales de determinados servicios sociales, voy a iniciar la aproximación a este sector económico. Para ello, aplicaré la metodología desarrollada en el análisis de los presupuestos del sector público con perspectiva de género (gender budgeting), en los que el análisis comienza de puertas adentro. Es decir, una auto-evaluación o radiografía de la institución pública objeto de estudio, aunque es necesario advertir las dificultades que conlleva, dada la escasez de fuentes y estudios realizados con perspectiva de género.

Por ello, es necesario postular la desagregación de todas las fuentes documentales y estadísticas para facilitar el conocimiento de las relaciones de poder que encierra este sector económico y posibiliten la visualización del lugar que en él ocupan las mujeres.

En esta aproximación, considero imprescindible resaltar su dimensión económica en nuestro país. Es decir, determinar cuál sea su aportación al conjunto de la economía, medida a través de la proporción del Producto Interior Bruto que genera y del número de personas que trabajan en esta actividad económica con independencia de que por ello reciban o no remuneraciones monetarias.

Una vez determinada su dimensión real en el conjunto de la economía es necesario conocer cuál es la situación de las mujeres y hombres en su interior. Para ello, a través de estas páginas intentaré aproximarme, a partir de los estudios realizados, a las diferencias de género existentes en el personal voluntario, en el tipo de contratación laboral así como en la cuantía de las remuneraciones abonadas al personal contratado; sin olvidar aquellas relaciones de poder que reflejan las posibilidades de acceso a los puestos directivos, con la intención de constatar la existencia del techo de cristal en este sector económico, como ocurre en los sectores privado (mercantil) y público de la economía española.

### 3.1 EL TERCER SECTOR EN EL CONJUNTO DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA Y FUENTES PRINCIPALES DE FINANCIACIÓN

Para una somera aproximación a este sector económico, cabe mencionar, por una parte, y desde el enfoque europeo, al Sector de la Economía Social que incluye en su definición a sociedades cooperativas, mutuas, asociaciones constituidas con una finalidad de servicio a sus “miembros o a la colectividad más que de beneficio”, que también otorga primacía a las personas y al trabajo sobre el capital en el reparto de beneficios y goza de autonomía y procesos democráticos de gestión (Penelas y Cuesta). Por otra, no se debe olvidar, el enfoque anglosajón (Salamón et Anheir), que considera al Tercer Sector conformado por las organizaciones de carácter privado e independiente que incorporan trabajo voluntario (no remunerado) y distribuyen sus beneficios en actividades propias. Sus principales características quedan resumidas, de acuerdo con Penelas y Cuesta en el cuadro adjunto:

<sup>22</sup> Ibidem

## Definición de Tercer Sector o Sector No Lucrativo propuesta por Salomon (Universidad de Johns Hopkins)

### 1) *organización formal:*

- existencia de unos objetivos generales claramente establecidos.
- los recursos se disponen según la consecución de estos objetivos.
- por lo general, existencia de una fórmula jurídica.
- distinción y estructuración interna (socios/no socios).

### 2) *privada:*

- Personalidad jurídica distinta de la pública.
- separada institucionalmente del gobierno (nacional, autonómico o local).
- no obstante, puede obtener apoyo financiero público.

### 3) *capacidad de autogobierno:*

- órganos de gobierno propio y no controlados por entidades externas.
- regulación propia de sus órganos de gobierno.
- existencia de responsabilidad corporativa.

### 4) *no existe reparto de beneficios:*

- si existen beneficios, no cabe distribución entre órganos de gobierno, socios, personal, etc.
- los beneficios se destinan al desarrollo de sus fines sociales o se reinvierten.

### 5) *tener un marcado grado de participación voluntaria:*

- la entidad utiliza trabajo no remunerado o donaciones altruistas.
- puede no obstante, contratar también en el mercado factores productivos remunerados.
- voluntario, entendido como individuo que aporta tiempo no remunerado y cuya participación depende sólo de la libre voluntad del mismo.

FUENTE: Penelas, A. y Cuesta, P.: "La prestación de servicios por las organizaciones no lucrativas en España". Distribución y Consumo nº 34 (junio-julio 2001. [http://www.mercasa.es/es/publicaciones/pdfs/dyc\\_58/034\\_presta\\_servicios.pdf](http://www.mercasa.es/es/publicaciones/pdfs/dyc_58/034_presta_servicios.pdf))

Debido a que los estudios realizados hasta el momento no han seguido criterios homogéneos en la determinación del Tercer Sector y, en general, se han centrado bien en la totalidad bien diferentes subsectores de la Economía Social, resulta difícil obtener una visión adecuada del mismo. Sin embargo, hay que reconocer que las diferentes aproximaciones suministran datos valiosos que permiten llevar a cabo una primera aproximación desde la perspectiva de género.

En general, debe ser tenido en consideración que la acción altruista genera valor añadido para el conjunto de la economía y, por tanto, su aportación no puede ser menospreciada, aunque todavía no se registre en la contabilidad nacional. Por ello, todo estudio rigurosamente enfocado se convierte en una aportación valiosa para desentrañar lo que ocurre en su interior como para conocer su peso específico en el conjunto de la economía.

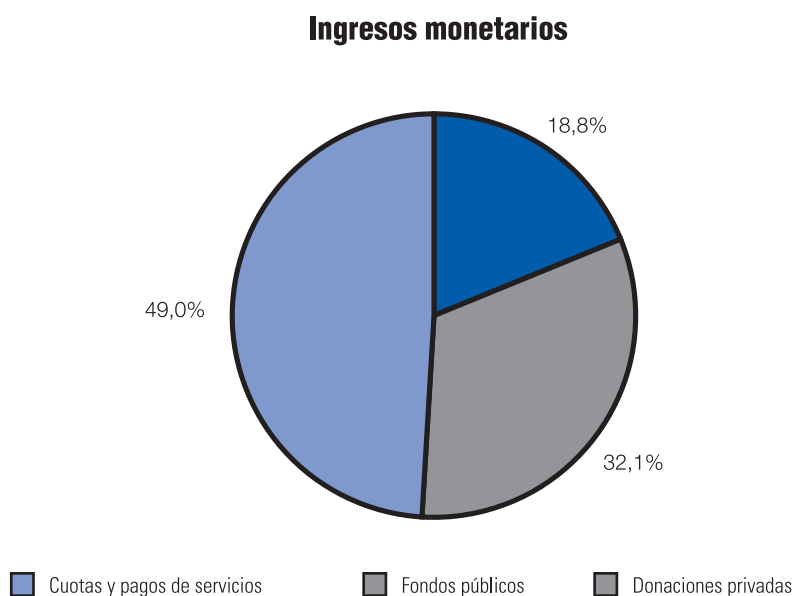
Quizá, el estudio que mejor defina los límites del Tercer Sector sea el dirigido por Ruiz-Olabuénaga, realizado conjuntamente con Salamos y Anheier de la Universidad John Hopking, puesto que la metodología empleada ha sido aceptada a escala internacional. De acuerdo con los resultados así obtenidos, el conjunto de Instituciones sin ánimo de lucro superaría en nuestro país, en 1998, las

250.000, aportando al conjunto de la economía el 4'6 del PIB y el 6'5 del empleo equivalente total, contabilizando el trabajo remunerado y el no remunerado o voluntario.

### Fuentes de financiación

Las principales fuentes de financiación del sector provienen tanto de subvenciones del sector público como de donaciones y aportaciones privadas procedentes de socios, empresas o particulares, sin que puedan ser olvidados los ingresos autogenerados, percibidos en el ejercicio de sus actividades específicas.

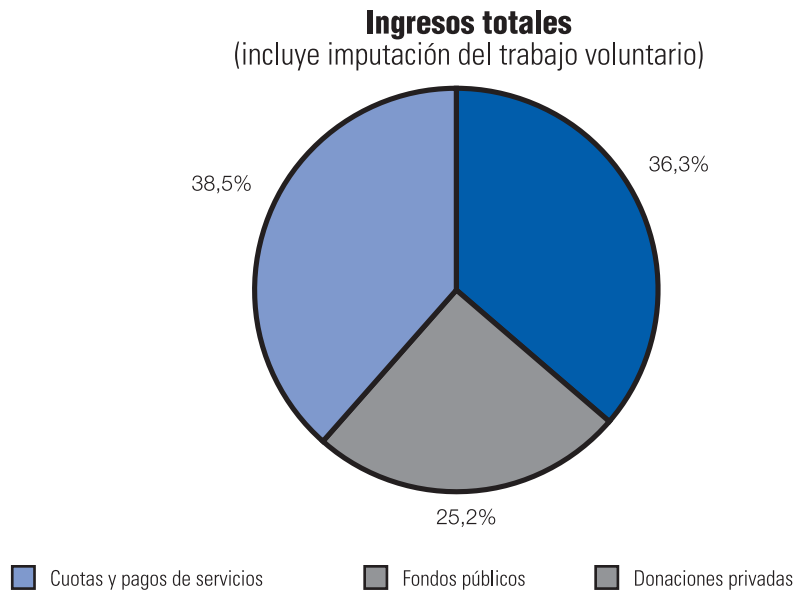
### Distribución de los ingresos anuales de las entidades del Sector No Lucrativo en España (1995).



Fuente: Ruiz Olabuénaga, J.I. (dir.): El sector no lucrativo en España. Fundación BBV. Bilbao 2000, p. 163

No obstante este reparto queda modificado al incorporar la aportación del voluntariado, es decir, cuando se imputa el valor generado por el trabajo no remunerado. El gráfico adjunto refleja de forma más adecuada, en mi opinión, la distribución de los ingresos del sector no lucrativo en España, de acuerdo con la denominación de Ruiz Olabuénaga.

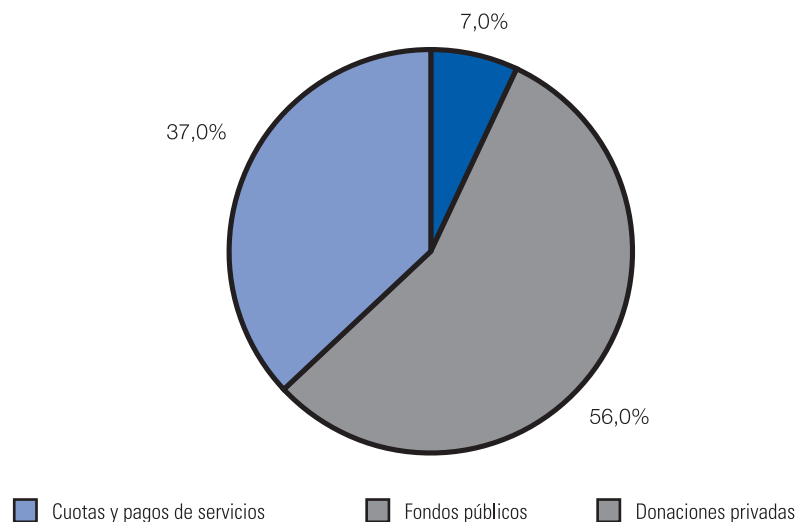
### Distribución de los ingresos del sector no lucrativo



Fuente: Ruiz Olabuénaga, J.I. (dir.): El sector no lucrativo en España. Fundación BBV. Bilbao 2000, p. 163

Si se compara con lo que ocurre en otros países de Europa Occidental cabe resaltar que en España el sector público parece menos involucrado en la financiación del Tercer Sector.

### Distribución de los ingresos anuales de las entidades del Tercer Sector en Europa Occidental (1995)



Fuente: tomado de Diagnostico de situación del voluntariado en España. Plan estatal del Voluntariado 2005-2009. Ministerio de Trabajo, p. 24

## 3.2 PERSONAS PARTICIPANTES EN EL TERCER SECTOR.

A la hora de evaluar el número de participantes en este sector económico resulta fundamental considerar la definición del mismo, puesto que dependiendo de cual sea ésta se generarán variaciones cuantitativas importantes como pone de manifiesto la tabla adjunta:

## Magnitudes del Tercer Sector en España 2001

Magnitudes	Asociaciones Voluntarias	Asociaciones de Utilidad Pública	Fundaciones	Entidades singulares	Cooperativas	Sociedades laborales	Mutualidades	Total Tercer Sector (1)	Total economía española (2)	(1)/(2) (%)	Cajas de Ahorros	(1)/(2) (%) con Cajas
Número de entidades	123.228	1.277	2.490	3	23.821	13.518	487	164.916	1.152.678	6,5	46	6,5
Número de asalariados	301.387	27.097	85.835	57.762	267.990	91.629	3.709	835.409	13.612.400	6,1	106.684	6,9
Empleo equivalente	233.123	22.992	74.934	49.011	252.313	85.719	3.548	721.639	13.021.700	5,5	106.684	6,4
Empleo equivalente (con voluntarios)	710.154		80.049	78.299	252.313	85.719	3.548	1.210.081	13.510.142	9,0	106.684	9,7
Remuneración asalariados (millones de euros)	2.978		1.398	1.569	5.274	1.597	100	12.916	327.045	3,9	5.097	5,5
Excedente bruto (y social) de explotación (millones de euros)	4.355		299	1.794	1.899	403	112	8.862	159.113	5,6	4.198	8,2
Valor añadido bruto (millones de euros)	7.333		1.697	3.363	7.174	1.999	212	21.778	658.162	3,3	9.295	4,7

Fuente: García Delgado, José Luis director): Las Cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España. Fundación ONCE, 2004, p. 36

Los datos aquí recogidos explicitan la importancia del voluntariado, medido a través del empleo equivalente para el conjunto de las asociaciones, incluidas las voluntarias y las declaradas de utilidad pública, al tiempo que pone de relieve su menor aportación en las Entidades Singulares y sobretudo en las fundaciones. Por consiguiente, se puede apreciar para el conjunto del Tercer Sector que el empleo

equivalente en la totalidad del mismo pasa de 721.639 a 1.210.081 al incorporar el trabajo no remunerado o voluntario y que éste no existe ni en las Cooperativas, Sociedades Laborales y Mutualidades.

Por otra parte, en este sector económico existe una asimétrica y mayoritaria participación femenina tanto en el voluntariado como en el personal asalariado como explicita la tabla adjunta (García Campá, S et alter. 2006):

AUTORES	PORCENTAJE	
	Mujeres	Hombres
Personas voluntarias (estudios de ámbito nacional)		
PPVE (1997)	75	25
Martínez Martín et alt. (2000)	60,72	39,28
Pérez Díaz, López Novo (2003)	58	42
Mujeres	57.0%	43
Personas voluntarios (estudios de ámbito autonómico)		
Comunidad Valenciana: Ariño (2001)	Ligero predominio de las mujeres	
Cataluña: Castiñeira (2003)	76	24
C. Madrid: Mota López, Vidal Fernández (2003)	73	27
Andalucía: Junta de Andalucía (2003)	52-58	46-41
Canarias: Barroso et alt. (2004)	Predominio masculino decreciente	
Galicia: López Novo (2005)	56	44
Personas asalariadas (estudios nacionales y autonómicos)		
Martínez Martín et alt. (2000)	67,80	32,20
Cataluña: Castiñeira (2003)	71	29

De acuerdo con los datos suministrados por esta tabla, es posible afirmar que en el sector que incorpora trabajo voluntario para el normal desempeño de su actividad, persiste la desigualdad de género al igual que en los sectores privados, público. Y esto es así porque dos terceras partes de las personas que colaboran en estas organizaciones, con carácter voluntario, son mujeres y esta relación se mantiene con respecto a las personas que trabajan con remuneración. Aunque se podría matizar que la mayor parte de los estudios aquí recogidos se han centrado en asociaciones u organizaciones

no gubernamentales, ONG, dedicadas a la acción social, es decir, aquellas dedicadas al ‘cuidado’ de personas, donde la presencia de las mujeres es predominante.

Según Marbán Gallego y Rodríguez Cabrero<sup>23</sup> el perfil del voluntariado de servicios sociales, financiado con la aportación impositiva del IRPF, es una persona cercana a los 34 años de edad, de titulación media y regularmente comprometida (en torno a cuatro horas semanales). Las mujeres predominan con un (57%) frente a los varones (43%), como explicita la tabla siguiente:

VOLUNTARIOS EN INTERVALOS DE EDAD:	PORCENTAJE
De 18 a 30 años	27.0%
De 31 a 45 años	45.5%
De 46 a 65 años	20.0%
Mas de 65 años	7.5%
<b>TOTAL</b>	<b>100.0%</b>
<b>Género:</b>	
Varones	43.0%
Mujeres	57.0%
<b>Estudios:</b>	
Primarios	24.0%
Secundarios	43.0%
Superiores	23.0%
Sin estudios	10.0%
<b>Dedicación:</b>	
Promedio de horas semanales en marzo	4.3%
Promedio de horas semanales en noviembre	4.8%
Promedio de horas semanales en marzo-noviembre	4.5%

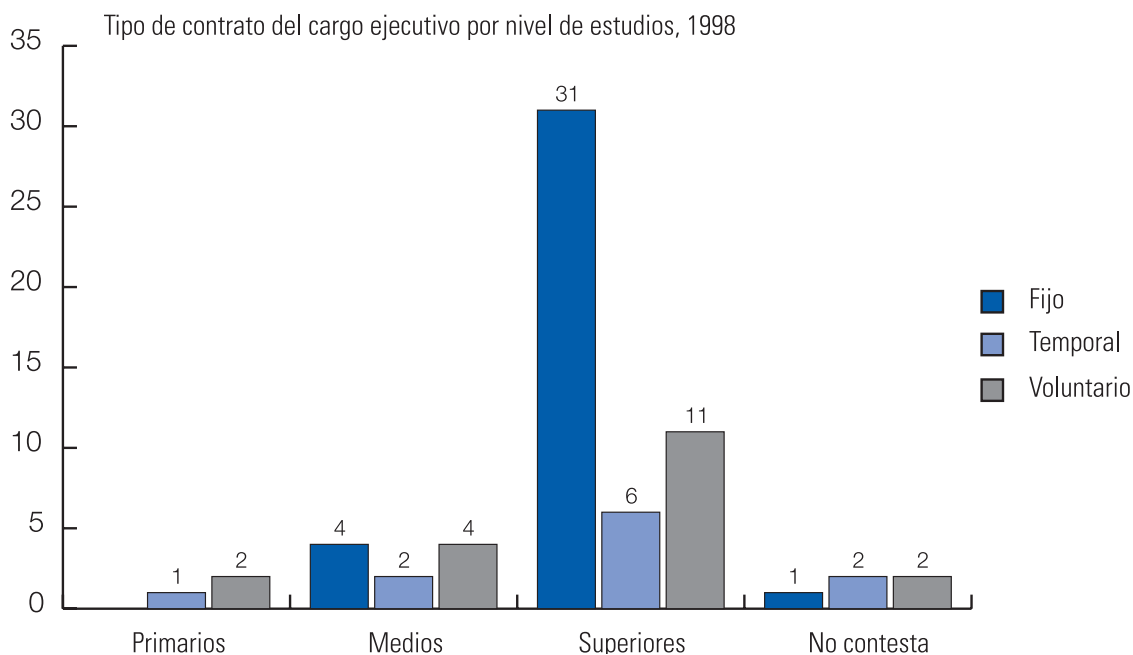
Fuente: Marbán Gallego, V. y Rodríguez Cabrero, G.: “El voluntariado: prácticas sociales e impactos económicos”, en Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales. Nº 1, 2001. Pág. 59

<sup>23</sup> Marbán Gallego, V. y Rodríguez Cabrero, G.: “El voluntariado: prácticas sociales e impactos económicos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales*. ISSN 1137-5868, Nº 1, 2001 (Ejemplar dedicado a: Voluntariado), pags. 49-70

Este predominio femenino en las ONG a nivel de base desaparece si se enfoca nuestro análisis hacia arriba, es decir hacia los órganos de dirección. Y, aunque todavía en España no existen estudios generales sobre esta materia, en Italia uno reciente realizado desvela la existencia del techo de cristal en este sector, pues sólo el 30% de estas entidades cuentan con mujeres en sus cargos dirigentes (Frisanco 2002).

### 3.3 EL TECHO DE CRISTAL EN LAS ASOCIACIONES QUE RECIBEN SUBVENCIONES DEL SECTOR PÚBLICO

De acuerdo con el tipo de contratación efectuado, es posible apreciar con carácter general que conforme aumenta el tamaño de la asociación el cargo de ejecutivo va perdiendo su carácter voluntario y pasa a transformarse en una relación laboral estable. Estos puestos son desempeñados fundamentalmente por personas con estudios superiores, como pone de manifiesto el gráfico adjunto:



Fuente: Marbán Gallego, V. y Rodríguez Cabrero, G.: "El voluntariado: prácticas sociales e impactos económicos", en Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales. ISSN 1137-5868, N° 1, 2001. Pág. 62

La escasa presencia de mujeres en los puestos directivos se va detectando a pesar de la inexistencia de datos desagregados por sexo y la escasez de estudios con enfoque de género en este sector económico. Sin embargo, hay que mencionar el recientemente realizado por la Universidad Jaime I de Castellón en el ámbito de la Comunidad Valenciana, cuyo avance de resultados<sup>24</sup> permite ir colmando esta laguna. El estudio muestra el desigual acceso de mujeres y hombres a los puestos de gestión, y, con ello, la existencia de del techo de cristal o segregación vertical en este sector como ocurre en el privado y público de nuestra economía<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> García Campá, et al: *¿Son machistas las ONG?* Primer avance de una investigación socio-jurídica. [www.gts.uji.es/docs/las\\_palmas.pdf](http://www.gts.uji.es/docs/las_palmas.pdf). El estudio se basa en el informe del año 2001 sobre las ONG de acción social preceptoras del 0,52% de la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas para otros fines de interés social (De la fuente y Mo ntraveta 2002)

<sup>25</sup> García Campá, et al: *opus cit.*

Los resultados obtenidos tras estudiar el género de las personas responsables de las ONG que recibieron fondos públicos indicaron que, de las 331 entidades encuestadas, el 40% estaban representadas por mujeres (133 entidades) y el 60% por hombres (198 entidades). De forma inmediata puede apreciarse que la presencia de las mujeres disminuye a medida que nos aproximamos a los puestos directivos y de representación, en este caso, de las ONG de acción social. Profundizando en los datos del estudio exploratorio, si se analizan teniendo en cuenta la actividad que desarrollan las ONG, se aprecia como aumenta el porcentaje de mujeres en los puestos de representación de las entidades que desarrollan actividades en favor de las propias mujeres. Las entidades que señalan como colectivo de actuación las mujeres (100 entidades) tienen en el 63% de los casos una mujer como representante (63 entidades), frente a un 37% de hombres (37 entidades). A su vez, las ONG que se dedican principal o exclusivamente a las mujeres están representadas en el 93% de las ocasiones por mujeres (40 entidades). Si paralelamente se analizan a qué se dedican las entidades representadas por mujeres y por hombres, mientras que el 47,36% de las entidades dirigidas por mujeres señala como colectivo principal o exclusivo de atención las mujeres (63 entidades), sólo el 18,68% de las ONG dirigidas por hombres entiende que las mujeres son destinatarias principales o exclusivas de sus actuaciones (37 entidades).

Constatando más adelante cómo los hombres ocupan los puestos directivos con independencia del voluntariado de base de estas ONG, es decir, ya sea mayoritariamente femenina o masculina. Y pasan a adelantar dos hipótesis de trabajo en su avance que incluyo a continuación:

*“los mayores porcentajes de mujeres en puestos directivos de ONG que se dedican a problemas de mujeres parecen indicar una tendencia a la especialización de éstas en la dirección de las ONG de carácter feminista, en detrimento de su presencia en los órganos de dirección de las ONG de carácter generalista”*

*“la mayor incorporación en el programa de actuación de las ONG dirigidas por mujeres de actuaciones dirigidas en favor de las mujeres podría indicar que existe una relación positiva entre la presencia de mujeres en los puestos de decisión de las ONG y la incorporación de medidas para favorecer la igualdad de oportunidades en dichas entidades”.*

Otro estudio que visualiza esta asimetría de género en el acceso a los puestos de responsabilidad ha sido el efectuado por EMAKUNDE (Instituto de la Mujer del País Vasco) al analizar las subvenciones presupuestarias concedidas a las asociaciones sanitarias, es decir, incluir la perspectiva de género de los Presupuestos Públicos del País Vasco.

El estudio se centró en 18 asociaciones, orientadas en prestar apoyo a enfermos y familiares, que percibieron el 70% del total de las subvenciones<sup>26</sup>, que en el año 2001, ascendían a 232.549,61 €. Los colectivos analizados fueron “grupos de autoayuda y apoyo para personas enfermas y familiares, mediante “colonias, atención psicológica, enseñanzas, orientación familiar””; y las actividades subvencio-

<sup>26</sup> Las asociaciones son: FEDEFES: Federación de Euskadi de Asociación de Enfermos Siquicos; Asociación contra el Cáncer de Álava; ADA: Asociación de Diabéticos de Alava; UMEEKIN: Federación Vasca de padres de niños con cáncer; ALCER: Federación Asociaciones enfermos renales; EUFEMAS: Federación Asociaciones mastectomizadas; AGD: Asociación Gipuzkoana de Diabéticos; Asociación Española Cáncer Gipuzkoa; FAE: Federación de Asociaciones de Familiares de enfermos de Alzheimer de Euskadi. ACABE: Asociación contra anorexia y bulimia de Donosita; ADELAHE: Federación de Esclerosis Lateral Amiotrófica de Euskadi; AVET: Asociación Bizkaína para enfermos de trombosis. PKU: Euskadiko elkarte y otros errores de metabolismo. Asociación Vizcaina de laringetomizados. ARGIA: Asociación Vasca Ostomizados Incontinentes. Asociación Vizcaina de Diabéticos. Asociación contra el Cáncer de Bizkaia. APNABI: Asociación padres autistas.

nadas mayoritariamente: conferencias, jornadas, cursos informativos y preventivos y material informativo, dirigido a las personas enfermas y/o sus familiares.

Entre los resultados obtenidos, se señala que los cargos de las juntas directivas de estas asociaciones estaban mayoritariamente ocupados por hombres (62%) y sólo en menor proporción (38%) por mujeres, como pone de manifiesto la tabla adjunta:

	HOMBRES	MUJERES
Presidente/a	11	6
Vicepresidente/a	9	5
Secretario/a	6	5
Tesorero/a	9	6
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>22</b>

Las personas destinatarias de estos programas resultaron ser en un 42% hombres y en un 58% mujeres. Aunque se matiza que este resultado se corresponde estrictamente con los datos obtenidos a partir de una parte importante “de los programas que llevan a cabo las asociaciones, si bien no es la información de la totalidad de programas y actividades que realizan las mismas”<sup>27</sup>.

### 3.4 DESIGUALDAD SALARIAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL TERCER SECTOR

Sobre la desigualdad salarial entre mujeres y hombres en este sector económico en España me remito, dada la escasa información disponible, a un estudio sobre la desigualdad de género en España que realicé previamente<sup>28</sup>. Las fuentes utilizadas fueron fundamentalmente las estadísticas fiscales, elaboradas a partir de las retenciones practicadas por rendimiento de trabajo por cuenta ajena, lo que permite determinar la cuantía de las remuneraciones percibidas por mujeres y hombres.

<sup>27</sup> En cuanto a los gastos que justificaron las asociaciones cabe reseñar que:

“los gastos justificativos para otorgar la subvención son los referentes tanto a personal asistencial; educadores, psicólogos/as, asistentes sociales, personal de enfermería, como a personal de la administración de las asociaciones; técnicos, administrativos, auxiliares”, dado que estas Asociaciones están.

1. Que un 65% del se ha justificado con facturas cuyo destinatario es mujer y un 35% se corresponde a gasto efectuado por hombres.
2. Que no existe segregación por sexos de los gastos realizados, en los que se haga constar la diferencia entre personal asistencial y no asistencial o administrativo.
3. Que debido a que los programas subvencionados, no son los únicos ejecutados por las Asociaciones receptoras, únicos objeto de análisis. El gasto total es superior y las personas pertenecientes a las mismas generan un gasto superior al recibido por las asociaciones como subvención.

Que el gasto total de estas asociaciones es superior cuya información no se recoge en los expedientes analizados y que correspondería a gastos de “personal asistencial, personal de administración, actividad formativa como cursos, seminarios, información divulgativa, gastos de desplazamiento”

<sup>28</sup> Véase: Villota, Paloma: Situación socioeconómica de las mujeres en la Comunidad de Madrid. Análisis de la desigualdad de género en España, 2000. debo subrayar que no ha sido posible actualizar estos datos por no haber publicado el Instituto de Estudios Fiscales una edición posterior de estas fuentes.

Su análisis permite contemplar la persistencia de la brecha de género en el Tercer Sector, aunque la desigualdad observada es inferior a la existente en el sector público o/y en el mercado como pone de relieve el cuadro adjunto, para el Territorio Fiscal Común (que engloba a la totalidad del territorio estatal excluyendo el País Vasco y Navarra).

### Salarios medios y número de mujeres y hombres, por sector institucional

	Asalariados	Asalariadas	M/H (%)	Salario (pts) medio anual Asalariados	Salario (pts) medio anual Asalariadas	M/H (%)
A. EMPRESAS	6 108 797	3 137 607	51.4%	2 206 254	1 297 162	58.8%
1. EMPRESAS PERSONALES	844 308	633 032	75.0%	1 084 621	786 238	72.5%
1.1. Personas Físicas	691 147	533 764	77.2%	1 083 145	788 953	72.8%
1.2. Otras empresas personales	153 161	99 268	64.8%	1 091 283	771 634	70.7%
2. SOCIEDADES NO FINANCIERAS	4 980 439	2 388 942	48.0%	2 261 824	1 345 420	59.5%
2.1. Anónimas	2 480 452	1 208 226	48.7%	2 713 520	1 552 693	57.2%
2.2. Otras Sociedades	2 127 529	1 063 476	50.0%	1 527 579	982 691	64.3%
2.3. Empresas Públicas	372 458	117 240	31.5%	3 447 777	2 499 637	72.5%
3. INSTITUCIONES FINANCIERAS	217 257	82 183	37.8%	5 024 371	3 351 476	66.7%
4. INSTITUCIONES DEL SEGURO	66 767	33 409	50.0%	3 075 142	2 474 886	80.5%
0. NO CLASIFICADAS	26	39	150.0%	1 016 519	642 960	63.3%
B. ADMINISTRACIONES	1 469 786	1 352 636	92.0%	2 750 257	2 372 699	86.3%
5. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	1 294 443	1 146 115	88.5%	2 815 249	2 470 573	87.8%
5.1. Central	601 525	453 937	75.5%	3 078 144	2 649 879	86.1%
5.2. Comunidades Autónomas	307 474	447 957	145.7%	3 526 174	2 845 091	80.7%
5.3. Corporaciones Locales	385 444	244 221	63.4%	1 837 861	1 450 342	78.9%
C. INSTITUCIONES PRIVADAS SIN FINES DE LUCRO	175 343	206 521	117.8%	2 270 457	1 829 533	80.6%
6.1. Que sirven a las familias	149 767	185 452	123.8%	2 270 035	1 843 541	81.2%
6.2. Que sirven a las empresas	25 576	21 069	82.4%	2 272 929	1 706 234	75.1%
TOTAL Régimen Fiscal Común	7 578 584	4 490 243	59.2%	2 311 757	1 621 156	70.1%

Las cifras del cuadro anterior evidencian que las organizaciones sin fines de lucro en sus remuneraciones en España mantienen, aunque en menor medida que el mercado y el sector público, la desigualdad de género en las remuneraciones del personal laboral contratado.

Antes de concluir este apartado, considero necesario precisar la metodología desarrollada en la elaboración de esta fuente fiscal para determinar las instituciones que comprende.

Las estadísticas fiscales siguen el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) al que se atiene la Contabilidad Nacional de España y agrupa a los agentes económicos “en grupos homogéneos por su comportamiento económico o la función que realizan”.<sup>29</sup>

Para determinar con precisión qué parte del Tercer Sector engloba es preciso tener presente que el término Instituciones Privadas sin Fines de Lucro (IPSFL) se hace referencia a

*“entidades cuya función principal es producir servicios no destinados a la venta en favor de grupos particulares de hogares o de empresas o bien servicios destinados a la venta producidos sin fin lucrativo. Los recursos principales de las IPSFL, distintos de los que proceden de las ventas, provienen de las rentas del capital y de las contribuciones voluntarias efectuadas por los hogares y las empresas”.*

Las instituciones incluidas pueden tener carácter político y social, cultural, benéfico, sanitario y religioso e incluso abarca a las comunidades de propietarios.

Como se puede apreciar en la tabla anterior, se diferencia claramente entre las que sirven a los hogares (familias) y aquellas que sirven a las empresas. Y debe ser tenido en consideración que, de acuerdo con los criterios adoptados por el SEC, únicamente se incluyen dentro de este sector institucional a las que sirven a los hogares, clasificando las que sirven a las empresas conjuntamente con las empresas de las que dependen.

Entre las instituciones no incluidas porque sirven a las empresas cabe citar a los colegios profesionales, asociaciones de empresarios y agricultores, cámaras agrarias, de comercio y de la propiedad así como sociedades de regantes. Aunque, por el contrario, las entidades retenedoras de rentas del trabajo que corresponden a embajadas, oficinas de turismo, comerciales, etc., dependientes de otros países, por exclusión, se han clasificado dentro de este sector institucional.

**Por último, es necesario precisar que las cajas de ahorro, rurales, etc. y las mutualidades laborales, montepíos, mutuas, etc., aparecen encuadradas dentro del sector correspondiente a instituciones de crédito o seguro, como se especifica expresamente:**

*“Las entidades que producen servicios financieros y de seguros sin fin lucrativo aparecen encuadradas dentro del sector instituciones de crédito (cajas rurales, cajas de ahorros, etc.) o de seguro (mutualidades, montepíos, mutuas, etc.) dependiendo de la función económica que realicen”<sup>30</sup>.*

<sup>29</sup> Penelas, A. y Cuesta, P.: “La prestación de servicios por las Organizaciones no lucrativas en España”. *Distribución y Consumo* nº 34 (junio-julio 2001) p. 35. [http://www.mercasa.es/es/publicaciones/pdfs/dyc\\_58/034\\_presta\\_servicios.pdf](http://www.mercasa.es/es/publicaciones/pdfs/dyc_58/034_presta_servicios.pdf),

<sup>30</sup> Idem, p. 37

### 3.5 EL TERCER SECTOR ANTE LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA MUJERES Y HOMBRES

En último lugar, me gustaría llevar a cabo una somera referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres para resaltar el impacto que algunos de sus artículos pueden tener sobre este sector de la economía.

Por ejemplo, el artículo 31 permite que de forma general que las Administraciones públicas:

*“en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes”.*

En general, todas las instituciones recipiendarias de fondos públicos deberían sentirse afectadas por el contenido de esta ley. Es decir, deberían tratar de esforzarse de forma inmediata por alcanzar la consecución de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres tanto de puertas adentro como en las actividades y programas desarrollados.

Y, por analogía con el ámbito empresarial, deberían intentar lucir el distintivo aquí mencionado:

*“podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad”*

También por analogía, y para conseguir un mayor acceso a los puestos de responsabilidad, habría que mencionar el artículo 71 que postula la consecución paulatina de una participación equilibrada de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles.

Para terminar con este brevísimo esbozo, me referiré al apartado segundo de este artículo en cuanto se refiere a la posibilidad de otorgar un tratamiento preferente a aquellas empresas que cumplan esta normativa, es decir que lleven a la práctica este artículo.

Para ello, y tras citar el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, posibilita que los órganos de contratación del sector público establezcan pliegos de cláusulas administrativas particulares con cierta preferencia en la adjudicación para aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan estos requisitos legales.



## ANEXO AL DOCUMENTO MARCO

### I. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE DISCRIMINACIONES DIRECTAS POR RAZÓN DE SEXO.

El Tribunal Constitucional ha considerado, por ejemplo, discriminaciones directas por razón de sexo las cláusulas de celibato, es decir, la normas (en casi todos los casos se trataba de la reglamentación de trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España) que suspendían el contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio<sup>31</sup>; la disposición de la Ley de 19 de junio de 1.971, de protección de familias numerosas, que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél<sup>32</sup>; la norma que establecía que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos menores de siete años quedarían al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo<sup>33</sup>; la norma de conflicto que señalaba la nacionalidad del marido al tiempo de contraer matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, también a las relaciones patrimoniales de los cónyuges<sup>34</sup>.

Un capítulo muy importante de discriminaciones sexuales directas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo integran las discriminaciones por razón de embarazo. Han recaído sobre este asunto varias sentencias de gran interés. Es clara la línea inequívocamente garantista del Tribunal. En la Sentencia 166/1.988, de 26 de septiembre, el TC otorga el amparo a una empleada que alegaba que su contrato había sido resuelto unilateralmente por el INSALUD debido a su embarazo, pues, según el TC, correspondía al empleador la carga de probar que no fue ésta la causa de la resolución contractual. El dato de mayor interés quizás resida en que la resolución se produjo durante el periodo de prueba. Ya en una Sentencia anterior, 94/1.984, de 16 de octubre, el Tribunal había sostenido la validez del escrutinio, desde la óptica de la prohibición de discriminación, del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, aunque en aquel supuesto no apreció violación del art. 14 CE. En la Sentencia 173/1.994, de 7 de junio, el TC extiende más allá el ámbito de la tutela de la trabajadora grávida, reduciendo a la vez la potestad discrecional empresarial de selección del personal, ya que en el caso el empleador (el Ministerio de Cultura) no despidió a la recurrente, sino que simplemente no la renovó el

<sup>31</sup> STC 7/1.983, de 14 de febrero y, en sentido similar, 8/1.983, 13/1.983, 15/1.983, 86/1.983, 34/1.984 y 59/1.993.

<sup>32</sup> STC 241/1.988, de 19 de diciembre; el problema suscitado en el caso era que el empleador de la recurrente (el Consejo General de Colegios de Médicos) exigía la condición de cabeza de familia para el reingreso tras una excedencia forzosa anterior.

<sup>33</sup> La STC 144/2.003 otorgó el amparo contra la aplicación judicial de esta norma (antigua redacción del art. 159 del Código Civil), que ya estaba derogada en ese momento (desde el año 1.990), por vulneración del art. 14 CE, "al restablecer el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador ya había eliminado".

<sup>34</sup> La STC 39/2.002, de 14 de febrero sostuvo la derogación sobrevenida de esta regulación (art. 9.2 del Código Civil) por vulneración del derecho a la igualdad entre los cónyuges (art. 32.1 CE) y de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). El Tribunal afirma que "la mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad". Y ello es así incluso aunque el resultado de la aplicación de tal norma en cada caso concreto resultare más favorable a la mujer.

contrato temporal a causa de su embarazo. En la Sentencia 136/1.996, de 23 de julio, el TC otorga el amparo por discriminación por embarazo no ya por una resolución durante el periodo de prueba o por la no renovación de un contrato temporal sino directamente por un despido. En esta Sentencia se establece la doctrina que se repetirá posteriormente en las Sentencias 20/2.001, de 29 de enero; 41/2.002, de 25 de febrero; 17/2.003, de 30 de enero y 98/2.003, de 2 de junio de 2.003. El esquema argumentativo del Tribunal se inicia con la invocación, vía art. 10.2 CE, de la normativa internacional<sup>36</sup> y comunitaria<sup>37</sup> específicamente aplicable para concluir que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE. A continuación, se indica que corresponde a la trabajadora acreditar la existencia de indicios de que ha sufrido la discriminación y al empleador probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión y destruir así la sospecha de lesión constitucional generada por los indicios.

Respecto de la inversión de la carga de la prueba, el TC ha precisado que “no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación), sino ante la carga de probar, sin que le baste intentarlo, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito contrario a la igualdad” (STC 98/2.003, de 2 de junio). Esta carga probatoria opera también en los casos de decisiones discrecionales (como, por ejemplo, el libre nombramiento y cese de cargos de confianza) que no precisan ser motivadas, pero que no por ello se sustraen al respeto de los derechos fundamentales. En la Sentencia 98/2.003 el Tribunal estimó el amparo presentado por una trabajadora que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional pues fue cesada formalmente por “errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones” pero, en realidad, por haberse quedado embarazada. Dada tal divergencia, éste sería un buen ejemplo de discriminación directa *oculta*. El TC no consideró “verosímiles” las razones que aportó el empleador para despedirla<sup>36</sup>. También falló en sentido semejante en la STC 136/1.996, de 23 de julio<sup>38</sup>.

Resulta de interés también la STC 20/2.001, de 29 de enero, que extiende la licencia por embarazo a toda funcionaria, también las de carácter interino. La últimas Sentencias relativas a la protección constitucional de la mujer embarazada son la STC 161/2.004, de 4 de octubre, la 175/2.005, de 4 de julio y la 182/2.005, de la misma fecha, la STC 214/2.006, de 3 de julio, la 324/2.006, de 20 de noviembre, la 342/2.006, de 11 de diciembre y la 17/2.007, de 12 de febrero. En el caso que dio origen a la primera de ellas, una mujer piloto fue calificada por su empresa como “no apta circunstancial” por razón de embarazo, por lo que le fue suspendido su contrato de trabajo en tanto que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes. El Tribunal Constitucional considera, sin embargo, que la empresa la discriminó por

<sup>35</sup> Según el art. 5. d) del Convenio núm. 158 y Convenio núm. 103 de la OIT, la Recomendación núm. 95 y la Declaración de 1.975 sobre igualdad de trato y de oportunidades para las trabajadoras, también de la OIT, el embarazo no constituye causa justificada para la resolución de la relación laboral.

<sup>36</sup> De la Directiva 76/207/CEE y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, incluso aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación. Esta misma Directiva protege no sólo frente al despido sino también frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con el embarazo, frente a rescisiones temporales (no sólo indefinidas), frente a la no contratación por razón de embarazo o la no renovación, incluso aunque el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo.

<sup>37</sup> La demandante había trabajado para el empleador sin problema alguno durante los dos años anteriores hasta que quedó embarazada; la Administración empleante no explicitó en momento alguno las razones concretas del incumplimiento del que se acusaba a la trabajadora, etc.

<sup>38</sup> Ciertamente, la recurrente había faltado al trabajo varias veces (por lo cual fue despedida), pero lo había hecho por causa de su embarazo, que era conocido por la empresa. El TC estimó el amparo.

razón de sexo puesto que tendría que haberle ofrecido un puesto de trabajo en tierra adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo. En la STC 175/2.005, el Tribunal otorga el amparo a una auxiliar de clínica que en el plazo de año y medio había sido contratada continuamente en catorce ocasiones, de modo interino o eventual, hasta cuando la empresa conoció su embarazo, momento a partir del cual ya no se la ofreció renovación alguna. La Sentencia aprecia indicios racionales de discriminación por embarazo que la empresa no habría rebatido.

Muy interesante resulta la STC 182/2.005 porque extiende la protección constitucional de la trabajadora embarazada no ya frente al despido o no renovación de su contrato, sino frente a la obstaculización de su promoción profesional. Sin duda, esta Sentencia, inaugura una línea de tutela (quizás más conectada al concepto de discriminación “indirecta” que “directa”, aunque en la Sentencia no se aluda a ello) que podrá ser seguida en el futuro por otros casos. La Sentencia otorgó el amparo a una trabajadora a la que su empresa había ido asignando tareas de menor entidad, primero, y cambiado a un puesto de trabajo distinto y de menor responsabilidad, más tarde, como consecuencia de su triple maternidad. La empresa no habría aportado ninguna prueba que desvirtuara el nexo causal entre la creciente minusvaloración profesional de la trabajadora y sus tres embarazos.

En la STC 214/2.006 el Tribunal otorga protección a una trabajadora embarazada que había sido excluida por este motivo por el INEM de la relación de candidatos para responder a una determinada oferta de empleo. La Sentencia considera que el fin proteccionista de esta decisión constituyó, pese a todo, una discriminación sexual prohibida por el art. 14 CE. En la STC 324/2.006 concedió el amparo a una trabajadora que había perdido sus vacaciones anuales, sin compensación alguna, después del permiso de maternidad (por haber terminado el año natural). La Sentencia estimó que se había causado un perjuicio a la trabajadora a causa de su embarazo y maternidad. En la STC/2.006 el Tribunal tuteló a una trabajadora que había sido despedida porque los órganos judiciales no habían apreciado el indicio de discriminación que había presentado (entre otros, que había sido despedida poco después de comunicar a la empresa su embarazo) y, por tanto, no había sido rebatida la presunción de discriminación sexual por razón del embarazo. Por último, en la Sentencia 17/2.007, el Tribunal también otorgó el amparo a una trabajadora que había sido despedida formalmente por no haber superado un periodo de prueba, pero en realidad, dado que esa trabajadora ya había tenido un contrato temporal con esa misma empresa (con el periodo de prueba correspondiente), había sido despedida por las frecuentes bajas laborales que había tenido a causa de su embarazo de alto riesgo. El Tribunal Constitucional censura duramente el razonamiento del órgano judicial ordinario que había venido a justificar el despido por el bajo rendimiento de la trabajadora debido a las “enfermedades” derivadas de un embarazo problemático.

En el capítulo de las discriminaciones directas, hay que llamar la atención sobre dos Sentencias de gran valor simbólico e histórico: la que considera que la inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire es una medida contraria al art. 14 CE (STC 216/1.991, de 14 de noviembre), y la que declara inconstitucional el art. 1 del Decreto de 26 de julio de 1.957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas (STC 229/1.992, de 14 de diciembre). En esta última Sentencia el TC concede el amparo a la recurrente, estimando su pretensión de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en HUNOSA, que le había sido denegada por la empresa (en aplicación del art. 1 del Decreto citado), a pesar de haber superado la prueba de admisión. Tanto la Sentencia laboral de instancia como la de suplicación

habían considerado que la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas era conforme con el art. 14 CE en la medida en que se trataba de una norma protectora de las mujeres. Pero el TC no lo entiende así; dicha prohibición, aunque responde históricamente a una finalidad tuitiva, evitar la sobreexplotación del trabajo femenino, no es una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece el trabajo de las mujeres, sino que le restringe. En efecto, “hay que vigilar con particular reserva (y periódicamente)” las medidas protectoras pues pueden basarse, realmente, en prejuicios infundados que responden a una “división sexista del trabajo” o bien que por las mejoras en las condiciones de trabajo, como ha ocurrido en las minas, han perdido su razón de ser. En el caso, la Sentencia señala como prejuicio sexista en presencia el de la menor fortaleza física de la mujer respecto del hombre; un estereotipo que más que reforzar una diferencia “real, natural o biológica”, limita o perjudica a la mujer en el mercado de trabajo. Este aspecto será analizado con detalle en los casos de discriminación indirecta.

Un último supuesto de discriminación directa se refiere a los casos de acoso sexual. La Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999 tiene el mérito de haber configurado por primera vez el acoso sexual como una forma de discriminación sexual<sup>39</sup> (así como una violación del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE). Para que pueda apreciarse un acoso sexual el Tribunal exige “una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras”, comportamiento “que se perciba como indeseado e indeseable por su víctima” y que “sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato”. La Sentencia 136/2.001 también resuelve un caso de acoso sexual, pero en este caso, el Tribunal confirma la Sentencia del Supremo que no había considerado suficientes los indicios aportados por la recurrente<sup>40</sup>, por lo que desestima el amparo.

Todos los casos de discriminaciones directas por razón de sexo resueltos por el Tribunal merecen una valoración positiva, menos uno. La Sentencia 126/1.997, de 3 de julio, va a declarar no contraria al art. 14 CE una no negada discriminación directa, la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (contenida en la Partida 2.15.2, en vigor). Más exactamente, el TC estima que no es de aplicación en este caso el típico examen judicial estricto sobre cualquier posible discriminación sexual, pues “admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que deben su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución -el régimen de su transmisión *mortis causa*- haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real carta de concesión”. En otras palabras, el derecho de nobles sería resistente frente a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo por tratarse de un derecho histórico, de escaso significado (tan sólo honorífico-simbólico) y, sobre todo, de estricto carácter privado (vale decir, un auténtico *derecho de particulares* en el sentido con que acuñó este concepto C. SFORZA). Los votos particulares de los Magistrados CARLES VIVER, TOMÁS S. VIVES y PEDRO CRUZ resultan, empero, más convincentes. El orden regular de sucesión de los títulos nobiliarios, al que es

<sup>39</sup> Pues “afecta notoriamente y con mayor intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación” (f. jco. 5).

<sup>40</sup> Habían sido una comida con el presidente de la empresa, el supuesto acosador; tres testimonios de compañeros y un cuadro médico de ansiedad. El TC apreció que, en el tiempo de los hechos, la demandante estaba tramitando su separación, lo que también podría explicar su estado de ansiedad. La Sentencia afirma que “dado que no podemos alterar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Supremo... hemos de concluir que no se ha producido la vulneración denunciada sin descartar la realidad psicológica del acoso que la actora dice haber sufrido... los hechos psicológicos sólo pueden probarse a través de hechos físicos y de los aquí presentados no cabe extraer, razonablemente y habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción, la existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental”.

aplicable la Constitución y su art. 14, es una discriminación frontal por razón de sexo pues dicho orden se establece en una norma jurídica (y no en “una simple regla de comportamiento establecida por determinados grupos sociales en virtud de sus particulares convenciones”) y los actos de concesión, rehabilitación y transmisión *mortis causa* de los títulos nobiliarios no son fruto tampoco de relaciones *inter privatos*, sino ejercicio de facultades públicas del Monarca (art. 62 f), en el que intervienen diversos órganos estatales (desde el Consejo de Estado hasta los órganos judiciales, pasando por el refrendo del Ministro de Justicia), “y todo este proceso está regido por normas cuyo contenido no se limita a reconocer un ámbito de autonomía de la voluntad o privada, sino que establecen auténticas reglas de *ius cogens*, plenamente integradas, y esto es aquí lo más relevante, en el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad en España”. Aunque los títulos nobiliarios sean hoy un simple *nomen honoris* de escasa trascendencia, sus efectos jurídicos no son ni inexistentes ni irrelevantes (como demuestra la importante litigiosidad judicial que suscitan), se integran en el “patrimonio inmaterial” de ciertos individuos y, además, “el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas o prácticas”. Sin olvidar el prejuicio profundamente odioso que está en el origen histórico de esta preterición de la mujer: su incapacidad para transmitir el linaje en condiciones de igualdad con el hombre y, en definitiva, la inferioridad de la mujer. Por otro lado, la tesis de que si la Constitución acepta la pervivencia de una institución histórica debe admitirla tal como es sin exigir ninguna adaptación (*sint ut sunt aut non sint*: sean como son o no sean, según sentenció el Papa CLEMENTE XIII para negarse a modificar las Constituciones de S. IGNACIO) es muy endeble desde el punto de vista jurídico. Por una parte, el orden regular de transmisión *mortis causa* no es un elemento basilar de la institución, por otra, y, sobre todo, los títulos nobiliarios también tienen que adaptarse a la Constitución, al Estado de los derechos fundamentales (“la *publicatio* de los títulos nobiliarios tiene el pequeño coste derivado de la circunstancia de vivir en una *res publica* constitucional”).

Una Sentencia que abordaba un asunto interesante es la STC 84/2.006, de 27 de marzo. Un sindicado, CGT, demandó a RENFE porque obligaba a utilizar falda a las empleadas que servían en el tren de alta velocidad, sin darles la posibilidad de vestir pantalones. Los dos órganos judiciales ordinarios que conocieron previamente el caso habían entendido que ello no violaba los derechos de las trabajadoras porque no suponía un ataque a su honor y dignidad. El asunto no pudo, sin embargo, ser resuelto por el Tribunal Constitucional porque RENFE y los sindicatos pactaron antes la posibilidad de que las trabajadoras pudieran elegir entre la falda y el pantalón, por lo que hubo una satisfacción extra-procesal de la pretensión. Es una lástima que el Tribunal Constitucional no se pronunciara sobre el problema de la vestimenta de los trabajadores (cuya determinación corresponde, en principio, a los empleadores) en relación con la discriminación que en algunos casos puede producirse contra las trabajadoras.

Otra Sentencia a recordar es la STC 3/2.007, de 15 de enero. El Tribunal se enfrenta a unas decisiones judiciales ordinarias que habían denegado a una trabajadora el derecho de reducción de jornada por guarda legal de hijos menores de seis años al interpretar que no cabía en lo que el precepto aplicable del Estatuto de los Trabajadores denomina “jornada ordinaria”. La Sentencia incorpora los conceptos de derecho antidiscriminario provenientes del ordenamiento comunitario y concluye que la conciliación entre vida personal y profesional deriva de la prohibición de discriminación sexual (art. 14 CE) y tiene, por tanto, “dimensión constitucional”, de modo que tiene carácter de principio interpretador: “la dimensión constitucional de la conciliación ha de servir de orientación para solución de cualquier duda interpretativa”. La Sentencia es, en cierta medida, innovadora porque reconoce el carácter de “princi-

pio” (y no ya el de regla) de la prohibición constitucional de discriminación sexual. El Tribunal Constitucional otorga el amparo porque estimó que el juez ordinario había interpretado la ley sin haber ponderado el derecho fundamental.

## II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE RAZA.

La doctrina general sobre la prohibición constitucional de discriminación racial y su “carácter odioso” que se enuncia en su fundamento jurídico séptimo es correcta. El Tribunal comienza recordando afirmaciones propias de otras Sentencias: en la Sentencia 126/1.986 calificó la discriminación racial como “perversión jurídica”<sup>41</sup>; en la Sentencia 214/1.991, resolviendo el famoso caso de Violeta Friedman, rechazó que, bajo el manto protector de la libertad ideológica (art. 16 CE) o de la libertad de expresión (art. 20.1 CE), pudieran cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, pues, entre otras razones, es contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE)<sup>42</sup>; y en la Sentencia 176/1.995, afirmó que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica. A continuación, la Sentencia 13/2.001 distingue las discriminaciones “directas” o “patentes” y las “encubiertas”, ambas prohibidas, en cualquier caso, por la Constitución. Por cierto que, en este punto, no se explica fácilmente (salvo, quizás, en un intento poco exitoso de originalidad) por qué el Tribunal no utiliza el término más preciso de discriminación “indirecta” (o de “impacto”, frente a las de “resultado” o “directas”) en vez del de discriminación “encubierta” y por qué se refiere a las discriminaciones directas como sinónimas de “patentes”. Obsérvese que algunas discriminaciones directas son también “encubiertas” u “ocultas”, como ocurre, por ejemplo, en los casos de tratamientos jurídicos paternalistas o falsamente protectores, casos en los que no es fácil *a priori* determinar si se trata de discriminaciones directas (se trata jurídicamente mejor a un grupo en algún sentido fácticamente peor porque se le considera incapaz de protegerse por sí mismo, y por tanto, de inferior valor social) o de genuinas y legítimas acciones positivas. Pero el *locus minoris resistentiae* de la Sentencia es, sin duda, la aplicación (o, acaso mejor dicho, inaplicación) de la doctrina general acuñada al caso en examen. Porque el Tribunal asevera que “cuando los controles policiales sirven a la finalidad del requerimiento de identificación (por parte de los agentes de la autoridad, especialmente respecto de los extranjeros) determinadas características físicas pueden ser tomadas en consideración por ellos como razonablemente indiciarios del origen no nacional de la persona que los reúne”. Aunque hay que tener en cuenta también el lugar, momento y modo de tal requerimiento. En el caso no habría habido discriminación “patente” porque no había una “orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza” y tampoco “encubierta” porque la actuación policial no fue desconsiderada ni humillante, se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, etc. El criterio racial se utilizó “tan sólo” como “meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española”.

<sup>41</sup> El Tribunal no aprecia, sin embargo, que un informe policial que hacía constar que los detenidos eran de raza gitana violara el art. 14 CE: “Es cierto que la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas, debe ser evitada, pues puede prestarse a malos entendidos o alimentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad. No menos cierto es que ese uso no es en sí mismo discriminatorio”.

<sup>42</sup> “La dignidad como rango o categoría de la persona como tal... no admite discriminación alguna por razón de... raza. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (en el caso el *hate speech* se había realizado contra el pueblo judío) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”.

Más convincente me resulta, sin embargo, el Voto Particular emitido por D. Julio González Campos. Se viola la prohibición de discriminación racial (art. 14 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE) cuando se acepta la raza como criterio apropiado para la “razonable selección” de las personas que pueden ser sometidas a control de extranjería. Se afecta, además, “el objeto de la integración de los extranjeros en la sociedad española” y se puede producir el efecto perverso de una discriminación entre nacionales por razón de la raza porque hay un número creciente de españoles con apariencias diferentes. A mi juicio, la actuación policial, aunque no tuviera un móvil discriminador, fue, en realidad, una discriminación directa y además patente. La señora Williams Lecraft recibió un trato distinto y perjudicial sólo en razón del color de su piel, como se acredita en la Sentencia (sólo a ella, y había muchas otras personas, entre ellas su esposo e hijo, en la estación de ferrocarril de Valladolid, le fue exigida identificación por la policía nacional).

La Sentencia incurre, según creo, en una contradicción de fondo porque, por un lado, afirma que no hay discriminación directa porque no había ninguna orden o instrucción de identificar sólo a los individuos de una determinada raza y, por otro lado, concluye que es lícito tener en cuenta exclusivamente el color de la piel para efectuar un requerimiento policial de identificación. Es decir, si no existía expresamente aquella orden, después de su Sentencia, el Tribunal ha legitimado no ya la explícita orden de requerir la identificación sólo a negros, etc., pero sí tal posibilidad. La argumentación de la Sala se derivó, inconsistentemente, hacia las discriminaciones “encubiertas”, confundiéndolas en cierta medida con las discriminaciones “intencionadas” (parece que la policía no actuó con móvil racista, pero ello no excusa por sí mismo el reproche constitucional de la medida), mitigando la posible discriminación con diversos atenuantes derivados del modo formalmente correcto en que se realizó. Todo ello parece ocultar que una persona fue tratada de modo distinto y peor sólo por el color de su piel y, por tanto, fue víctima de una patente discriminación directa, muy humillante por lo demás. El peligroso mensaje que ha lanzado el Tribunal es que a los negros (pero también a musulmanes, gitanos, etc.) se les puede tratar con una dosis mayor de sospecha por los poderes públicos.

### III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL.

La Sentencia 41/2.006, de 13 de febrero, es importante en primer lugar porque es la primera vez en la que el Tribunal sostiene que aunque la orientación homosexual no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es “indubitablemente” una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, “de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría”; y, por otro, “del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE<sup>43</sup>”.

A partir de esta constatación inicial, el Tribunal deduce que “en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales”. Pues bien, cuando se prueba mediante indicios que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Es la técnica de la inversión de la carga de la prueba, una herramienta eficazísima del Derecho Antidiscriminatorio.

El trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración.

Pues bien, aplicado este criterio general al caso concreto, el Tribunal constata que se desprende de los hechos probados la relación conflictiva entre el trabajador y su superior, motivada por la orientación homosexual de aquél y, sin embargo, la empresa no logró neutralizar tales principios de prueba. La empresa censuró incumplimientos contractuales que no logró probar, y no demostró que las razones reales del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio, o que los hechos indiciarios ofrecidos por el actor carecieran de conexión alguna con la decisión extintiva.

<sup>43</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, ó 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores). También el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488/1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Finalmente, es imprescindible la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Pueden mencionarse entre otras, por aludir a esa previsión o a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la 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. Por otra parte, el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la “orientación sexual” como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

#### IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE DISCRIMINACIONES INDIRECTAS.

La STC 145/1.991, de 1 de julio, es la que lo introduce, con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que a su vez, lo toma de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, desde la Sentencia *Griggs v. Duke Power Company*, de 1.971). Las recurrentes en amparo son limpiadoras de un hospital público que pedían el mismo salario que los peones, pues venían realizando igual trabajo y, sin embargo, percibían, según convenio colectivo, inferior sueldo. El TC les otorga el amparo por entender que eran víctimas tanto de una discriminación directa (según el principio de igual retribución por trabajo de igual valor) como indirecta: desigual valoración (adoptando como criterio determinante el sexo) de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación. La prohibición constitucional de discriminación comprende también las discriminaciones indirectas, que la STC define como “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual”. En el caso en examen, no le satisface al Tribunal la justificación de la razonabilidad de la diferencia entre las categorías de “peones” y de “limpiadoras” que había observado el órgano judicial ordinario (la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la figura de peón). Este criterio, afirma el Tribunal, es “una premisa no demostrada... que otorga mayor valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos”. La misma denominación de “limpiadoras” es calificada por el Tribunal de discriminatoria.

La STC 58/1.994, de 28 de febrero, profundiza en los criterios de valoración sobre si han de considerarse o no de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por mujeres respecto de los trabajos, mejor retribuidos, realizados preferentemente por hombres. El problema planteado por el asunto era el de si constituía una discriminación el hecho de que las empleadas de las secciones de envasado y expedición de la empresa Antonio Puig, S.A., a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibían una retribución mensual sensiblemente inferior. El Tribunal Constitucional aprecia una discriminación prohibida pues el empleador no justificó suficientemente la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres en orden a concederles una retribución distinta y, además, el único criterio de diferencia que mencionó fue el del “mayor esfuerzo físico” de los varones, criterio que, formulado aisladamente, es sexista. Remitiéndose a la Sentencia *Enderby* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 1.993, el Tribunal Constitucional aísla tres reglas generales: (1ª) en los supuestos en los que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, a fin de excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia; (2ª) el parámetro de igualdad no es aquí la igualdad de tareas, sino la igualdad del valor del trabajo; (3ª) en la valoración del trabajo ha de garantizarse que los criterios de evaluación no sean, por sí mismos, discriminatorios, sino que se trate de criterios neutros.

El Tribunal Constitucional aplica estos criterios en la Sentencia 147/1.995, de 16 de octubre, al identificar como discriminación indirecta la diferencia retributiva del distinto trabajo, pero de igual valor, de las mujeres (envasado y control estadístico) y de los varones (mezclas, moldeado y bombas de satinado) dentro de una empresa. El empleador no logró probar que los criterios de diferencia retributiva fueran neutrales, ni su valoración fue objetiva y transparente, con lo que no consiguió desvanecer la apariencia discriminatoria. Pero, aplicando estos criterios, falló, en la Sentencia 250/2000, conforme a Constitución la utilización del esfuerzo físico como criterio diferencial del valor salarial atribuido a las categorías masculinizadas de “cargadores, descargadores y apiladores” (en el Convenio de Manipulación y Envasado de Agrios de la región murciana de 1994) frente a las de “marcadoras, triadoras y encajadoras”. Para el Tribunal es definitivo que es función de los “cargadores”, etc. “el permanente manejo de... cargas de 20 kilos de peso”, con el consiguiente “riesgo dorsolumbar que la constante exigencia física que esa actividad entraña”. El Tribunal Constitucional, después de reiterar su doctrina, confirmó la Sentencia del tribunal ordinario que había considerado que el criterio del mayor esfuerzo físico era, en el caso en examen, un factor esencial en la tarea de que se trataba y no era el único criterio de valoración, por lo que estaba correctamente establecido y por tanto, no había violación del art. 14 CE<sup>44</sup>.

La STC 286/1.994, de 27 de octubre, da un paso atrás en la línea jurisprudencial establecida por las SSTC 145/1.991 y 58/1.994 (y que volverá a recuperar en la STC 147/1.995). También en este caso parece existir una segregación profesional por razón del sexo en una empresa de fabricación de galletas: mientras que a los varones se les confiaba la producción (es decir, la manipulación de las materias primas y la creación del producto), a las mujeres se las derivaba normalmente hacia el departamento de envasado, empaquetado y acabado. Como es de suponer, a esta función se la asignaba un menor nivel retributivo, e incluso las pocas mujeres que trabajaban en el departamento de producción recibían una remuneración inferior a la de sus compañeros varones. La STC sostiene que “es muy probable que en la génesis de la segregación profesional de los trabajos... estuviera una vez más la idea preconcebida de la menor fortaleza física y de cierta debilidad de la mujer en relación con el varón”, y califica esta distinción como “anacrónica” y “estereotipada”; pero no advierte en ella una discriminación indirecta pues la división sexista de tareas no fue objeto de debate en los procesos judiciales ordinarios y, además, porque, admitiendo el principio de Derecho Comunitario de igual retribución por trabajos de igual valor (y no sólo por trabajos idénticos), entiende que las funciones de producción y de envasado no tienen el mismo valor, sino que la primera exige mayor responsabilidad, por lo cual es lógico que esté mejor retribuida. Por supuesto, el Tribunal sí apreció la discriminación directa que sufrían las mujeres que trabajaban en la sección de producción, pero no la discriminación indirecta de la clasificación de funciones dentro de la empresa en atención al sexo, lo que es muy discutible a la vista de los criterios comunitarios que el Constitucional hizo suyos en la STC 58/1994.

La STC 198/1.996, de 3 de diciembre, ofrece también una solución criticable al problema planteado, que, por otra parte, es bastante curioso: la recurrente se presentó y aprobó unas pruebas de auxiliar administrativo con destino en la administración autonómica madrileña; posteriormente dicha administración asimila el puesto de “basculero” al de auxiliar administrativo y adscribe la recurrente a dicho puesto; la Comunidad de Madrid, finalmente, decide resolver la relación laboral porque la actora no posee la fuerza física necesaria para realizar el trabajo de basculera (algunas operaciones de mon-

<sup>44</sup> Encuentro, no obstante, discutible que se niegue *a priori* la posibilidad de que alguna mujer pudiera desempeñar un trabajo de esta naturaleza.

taje de la báscula para pesar los vehículos requerían notable fuerza física). El Tribunal no aprecia discriminación indirecta basándose en que el puesto de trabajo se ha definido conforme a criterios neutros y está abierto a trabajadores de ambos sexos (de hecho, la integración de los basculeros en la categoría de auxiliar administrativo se efectuó para evitar la “masculinización” de la tarea de basculero), y, además, si las funciones de basculero requieren poseer una fortaleza física superior a la media de las mujeres ello por sí solo no resulta discriminatorio y contrario al art. 14 CE, toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (otra cosa son las consecuencias que se atribuyan a esa mayor fortaleza física, pues si se hipervalora a efectos retributivos en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en ambos sexos, se lesionaría el art. 14 CE). En su voto discrepante, Vicente Gimeno entiende, por el contrario, que “cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se obliga a la mujer a realizar otro (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional) que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria, y se procede, por esa sola causa, a su despido, el empleador ha creado, en la práctica, una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal”; máxime si dicha conducta la observa una Administración Pública.

En el capítulo de discriminaciones indirectas, hay que mencionar también la saludable STC de 22 de marzo de 1999, que ha concedido el amparo a un sindicato porque el TSJ que conocía de un proceso en el que se discutía la política de contratación casi exclusivamente en favor de varones de una empresa (Fasa), se negó a incorporar al proceso ciertos documentos que hubieran acreditado indicios suficientes de discriminación (por ejemplo, en un año Fasa contrató 120 varones y ninguna mujer) y hubieran permitido, en ese caso invertir la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa probar que su política de contratación era objetiva y ajena a toda intención discriminatoria. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2000 estimó la pretensión del sindicato declarando que la empresa habría incurrido en una conducta discriminatoria indirecta en su política de contratación ya que la empresa no aportó una justificación objetiva y razonable de por qué exigía el título de FP-2 para realizar unas funciones que no requerían tal formación, siendo “desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino que por razones socio-económicas no suele poseer tal título”. Por su similitud, esta Sentencia bien podría calificarse como la Sentencia “Griggs” española.

En la Sentencia 240/1.999, de 20 de diciembre (cuya doctrina se reitera en la Sentencia 203/2.000, de 24 de julio), el Tribunal Constitucional aborda el problema de la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos a las funcionarias interinas, concluyendo que esta medida resulta contraria al art. 14 CE (por lo menos en el caso de funcionarias interinas que lleven más de cinco años ocupando su plaza). No niega el Tribunal que “el interés público de la prestación del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración”, pero “cuanto más tiempo lleva el personal interino en el puesto, más injustificadas son las diferencias de trato”. Por otro lado, la excedencia para el cuidado de los hijos menores “coopera al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia a los hijos (art. 39.3 CE), “garantiza el instituto de la familia (art. 39.1 CE)” y “promueve la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores cuyo fundamento se encuentra en los art. 39.1 y 9.2 CE”, por todo lo cual “tiene dimensión constitucional”. Excluir a los funcionarios interinos de este tipo de excedencia sería una discriminación indirecta porque “en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo”, pues “hoy por hoy son las

mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencia y, en consecuencia... en caso de denegación sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo”.

La STC 253/2004, de 22 de diciembre, puede calificarse como una magnífica Sentencia desde el punto de vista de la igualdad jurídica entre mujeres y hombres. Y no tanto por su fallo, ya que el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores que fue impugnado en la cuestión de inconstitucionalidad (“Para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente sobre las horas trabajadas”), había sido modificado posteriormente, cuanto por su argumentación. Quizás sea la Sentencia que con mayor entusiasmo acoge el concepto de discriminación indirecta, lo cual pueda explicarse por el significativo desarrollo que ha experimentado recientemente el Derecho Comunitario en este sentido (el fundamento jurídico 7º, por cierto, incorpora el análisis más completo y actualizado del Derecho de la Unión, especialmente, de la capital Directiva 76/207 –modificada por la Directiva 2000/73). El Tribunal entiende que la regulación vulnera el principio de igualdad en la ley y también el derecho a no sufrir discriminación (indirecta) por razón de sexo. En efecto, sostiene, por un lado, que no es contrario al art. 14 CE que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo ya que implica un esfuerzo contributivo menor, pero la aplicación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado “desproporcionado” pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social al exigir periodos de carencia más exigentes que a los trabajadores a tiempo completo.

Pero, y esto es lo más novedoso de la Sentencia, el Tribunal enjuicia también la cuestión desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, concluyendo que el precepto legal impugnado incurría en ella porque “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodos de carencia”. La Sentencia se valió (como suele ser habitual en los casos de discriminación indirecta) de estadísticas (del Instituto de la Mujer) que revelaban que, en 1996, el 75,16% de los contratos a tiempo parcial los desempeñaban mujeres y, en 2004, esta cifra se elevaba al 81,94%. De modo que una regulación legal como la cuestionada que trataba de modo desproporcionado a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los que lo son a tiempo completo (pues les dificultaba al máximo el acceso a las prestaciones sociales –otra cosa es que la cuantía de las mismas sean legítimamente desiguales a favor de los últimos), al impactar mayoritariamente sobre las trabajadoras, producía una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por la Constitución.

Esta línea expansiva del concepto de discriminación sexual indirecta se rompe abruptamente, sin embargo, con el Auto de 17 de abril de 2007. El Tribunal va a inadmitir a trámite, por “notoriamente infundada”, una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juzgado de lo social número 1 de Guadalajara contra el art. 140.2 en relación con el art. 109.1.1 del Texto refundido de la Ley general de la seguridad social por presunta vulneración del art. 14 CE. El juez proponente entendía que los periodos en los que la mujer trabaja a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años o familiar a cargo (art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores)

deberían computarse como si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. El Tribunal Constitucional observa que lo que plantea el juez es, en realidad, una inconstitucionalidad por omisión o insuficiencia normativa en la medida en que el legislador no ha contemplado expresamente, al establecer la regla general de cálculo de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente una regla específica referida al caso de la reducción de jornada del art. 37.5 ET. Al no hacerlo así, según el juez proponente, se habría producido una discriminación indirecta contra las trabajadoras por ser ellas las que, según demuestra contundentemente las estadísticas, se acogen a tal modalidad de conciliación (en supuestos como éste, el Tribunal puede declarar inconstitucional el precepto, aunque no nulo, ya que eso no repara en nada la inconstitucionalidad y provoca un vacío normativo; ha de ser el legislador el que, en un “plazo razonable” solucionara la tacha de inconstitucionalidad). Por consiguiente, la pensión tendría que calcularse no sobre lo efectivamente cotizado, sino sobre las cotizaciones que se habrían efectuado de haberse mantenido la trabajadora en tal periodo en jornada completa.

Este razonamiento no convence, empero, al Tribunal. Reconoce que es “inegable” que son mayoritariamente las trabajadoras quienes se acogen al derecho de reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la seguridad social. Reconoce también que esta menor cotización puede afectar a la cuantía de una eventual pensión por invalidez permanente (u otras prestaciones de la seguridad social) que puedan en el futuro causarse por la trabajadora que se haya acogido al derecho de reducción de jornada. Pero no encuentra que la carencia en la Ley de la seguridad social de una excepción a la regla general para este tipo de casos sea una discriminación por razón de sexo. Recordando que la STC 253/2004 consagró la plena constitucionalidad del principio de contributividad (esto es, de que las prestaciones de la seguridad social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas), sostiene que es al legislador a quien corresponde, en atención a las circunstancias económicas y sociales imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de seguridad social, decidir acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales.

Así pues, el Tribunal mantiene una postura formalista y *sex-blind* sobre este particular y pierde la oportunidad de haber concretado las sugerentes afirmaciones que para la igualdad real entre trabajadoras y trabajadores en este punto había vertido en la anterior STC 253/2004. Este Auto viene, sin embargo, acompañado por un voto particular (firmado por la presidenta, M<sup>a</sup> Emilia Casas y por Elisa Pérez, las dos únicas magistradas actuales del Tribunal) que considera que el trabajador que reduce su jornada hace valer un derecho legal (art. 37 ET), pero con fundamento constitucional (art. 39.1 CE, que obliga a los poderes públicos proteger a las familias); de ahí que el legislador haya de tener en cuenta todas sus posibles repercusiones (sorprende, no obstante, que este voto no recordara el antecedente de la STC 3/2007, donde el tribunal había elevado el principio de conciliación a rango de principio constitucional orientador de la legislación). Ejercer ese derecho no puede suponer para el trabajador un perjuicio o un trato peyorativo. Dado que son las mujeres quienes mayoritariamente se acogen a este derecho de reducción de jornada, las trabajadoras no se encuentran en la misma situación, sino peor, que otros trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial o reducen su jornada por razones diferentes. Habría una clara discriminación sexual indirecta. Yo también lo creo así.

## V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE ACCIONES POSITIVAS.

El Tribunal Constitucional español se ha referido al concepto de *acción positiva* desde la Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Esta Sentencia marca un antes y un después. Antes de esta Sentencia, podemos hablar de una aproximación “indiferente” respecto del sexo (*sex-blind*) por parte del TC, pues no distingue entre principio de igualdad y prohibición de discriminación, de modo que su método de análisis consiste, simplemente, en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. La STC 81/1982, de 21 de diciembre, declara contraria al art. 14 CE la ordenanza laboral correspondiente que computaba como horas extraordinarias de las A.T.S. todas las que realizaran en domingo, mientras que a los A.T.S. varones se les computaba como máximo tres horas de las extraordinarias que efectuaran los domingos (y el resto se incluían dentro del cupo máximo de horas extraordinarias semanales). EL TC no encontró razonables los argumentos que para esa diferencia aportó el Insalud y extendió a los A.T.S. varones el régimen de sus compañeras (innovando el ordenamiento y excediéndose, por tanto, de sus competencias). Con los mismos presupuestos, el TC dicta la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, que declara inconstitucional el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Este precepto condicionaba el derecho a la pensión de viudedad de los varones a un requisito que no exigía a las viudas: encontrarse incapacitados para el trabajo y vivir a cargo de sus esposas fallecidas. El TC examina los endebles argumentos justificadores de la diferencia y declara discriminatorio este requisito. Nuevamente, lo más discutible de esta Sentencia es que innova el ordenamiento (lo que debiera corresponder al legislador), arrojando una importante carga económica a las espaldas de la seguridad social. Es reseñable que el Voto particular de Francisco Rubio a esta Sentencia prefigura ya, de algún modo, la idea de compensación que es central en la posterior STC 128/1987 (la ventaja de las viudas sobre los viudos pudo tener su sentido compensador en el pasado respecto de la especial “desigualdad real y efectiva” que sufrían las mujeres en aquel tiempo). A una solución totalmente distinta conduce, por el contrario, la STC 5/1994, de 17 de enero, que resuelve un asunto de seguridad social complementaria de funcionarios. A juicio del TC, pese a que la regulación de la adquisición de la pensión exigía a los viudos unos requisitos adicionales que no reclamaba para las viudas (que, al tiempo de fallecer sus esposas, se encontraran incapacitados para el trabajo de forma permanente y fueran sostenidos económicamente por ellas), esto no constituye discriminación, pues esa pensión es una prestación complementaria regida por condiciones aceptadas libremente por los mutualistas. De modo que, según el TC, en materia de pensiones de viudedad, el sexo puede operar como criterio de diferenciación siempre que se justifique en una fundamentación razonable (lo que aprecia en el caso). Tal criterio es discutible porque no distingue, como criterio de enjuiciamiento, el principio general de igualdad del test que debe ser judicialmente más exigente de la prohibición de discriminación, y, además, en el supuesto concreto, se produce una (no apreciada por el TC) discriminación directa por razón de sexo (sobre los varones en esta ocasión) si tenemos en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, desde la Sentencia Barber, de 17 de mayo de 1990, viene considerando que las prestaciones de seguridad social complementaria entran dentro del concepto de “retribución” del art. 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117 (preceptos que exigen igualdad de retribución para hombres y mujeres por un trabajo de igual valor).

La Sentencia 128/1.987 merece un análisis detallado. El actor, un varón que no obtendrá éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo ante el TC por entender que era discriminatorio el dis-

tinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el INSALUD: mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores con hijos menores de seis años que fueran viudos. El TC realiza la siguiente interpretación: (1º) La lista de posibles motivos de discriminación del art. 14 CE, en la que se encuentra el sexo, aunque no es cerrada, sí representa “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricas muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”. En este sentido, “no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”. Y en este punto de su argumentación, recuerda la Sentencia diversos datos estadísticos corroboradores de su afirmación. (2º) Esta situación de discriminación se ha intentado paliar en el orden laboral con numerosas medidas de finalidad protectora. Pero hay que distinguir dichas medidas según sean (a) falsamente protectoras o (b) verdaderamente remediadoras o compensadoras. (a) Por una parte, existe un conjunto de medidas que se han adoptado desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral: “partiendo de presupuestos de inferioridad física o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que aunque de apariencia protectora, perpetúan y reproducen en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina”. (b) Otra cosa son las medidas de acción positiva en favor de la igualdad de las mujeres, que sí son legítimas en el Estado social y democrático de derecho para lograr la efectividad de valores constitucionales como la justicia y la igualdad: “La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y cabe afirmar ahora, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”.

La STC 128/1987 imprime, pues, un giro copernicano a la jurisprudencia compensadora: la ilegitimidad constitucional que antes de ella se conectaba a todo tratamiento jurídico (dentro de una concepción *sex-blind*) que se adoptara tomando como criterio de diferenciación al sexo (otorgando una ventaja o beneficio a un colectivo femenino determinado), se reduce ahora a las medidas paternalistas o falsamente protectoras, que es preciso distinguir cuidadosamente de aquellas otras remediadoras o compensadoras, que sí son válidas. Aunque la presencia del sexo como elemento diferenciador “debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes de la diferenciación por ser una causa típica de discriminación del art. 14 CE”, las medidas protectoras de las categorías de trabajadoras que están sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos o con la población trabajadora en general), no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar la situación de discriminación existente. Es claro que tal diferencia de trato

sólo vendrá justificada si efectivamente se dan las circunstancias discriminatorias y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto. Pero si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora, la diferencia favorable de trato, vendría constitucionalmente justificada. El TC acuña, pues, en la STC 128/1987 el concepto (a la vez que asegura su legitimidad constitucional) de la acción positiva para la igualdad de oportunidades de las mujeres.

El test de la medida paternalista/compensadora, que es el aplicado, con uno u otro nombre, en los países de nuestro entorno, plantea la grave dificultad de su aplicación en la práctica. Un buen ejemplo es la propia STC 128/1987, en la que el TC, después de haber establecido, con carácter general, este modelo de análisis, lo vierte al caso en examen concluyendo (de un modo que entendemos muy opinable) que la medida impugnada (el plus de guardería concedido casi en exclusiva a las trabajadoras) no es una medida paternalista (y, por tanto, discriminatoria), sino compensadora, destinada a paliar la discriminación sufrida por las mujeres trabajadoras con hijos pequeños a su cargo (“Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos. Ello supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo... que se manifiesta en el dato... de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales”). Pero, ¿hasta qué punto esta medida que reacciona contra la desigualdad de hecho, no la está consolidando, lanzando el mensaje de que los niños corresponden sobre todo a sus madres? A partir de esta Sentencia, el TC empleará, por tanto, el test de las medidas paternalistas/compensadoras:

#### A) MEDIDAS QUE EL TC DECLARA PATERNALISTAS O FALSAMENTE PROTECTORAS DE LA MUJER.

- (a) Antes de la STC 128/1987, el Tribunal había sostenido, en la STC 38/1986, de 21 de marzo, que una regulación del descanso nocturno de las trabajadoras (art. 2 del Decreto-ley de 15 de agosto de 1927) que establecía en su favor un descanso nocturno mínimo y continuo de doce horas (con la sola excepción de clínicas o sanatorios) era contraria al art. 14 CE, pues se basaba *“en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva”*.
- (b) La STC 207/1987, de 22 de diciembre, declara inconstitucional por discriminatoria la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta (pero no a sus compañeros varones) el derecho de retiro anticipado. El TC no niega que, con carácter general, puedan existir actividades laborales en las que la presencia física tenga una importancia decisiva para justificar una diferencia de trato por motivo de sexo, pero no lo aprecia en el caso, ya que la presencia física atractiva que normalmente demanda el personal receptor del servicio de vuelo (argumento que aducía el empleador) no es aplicable en relación con las auxiliares de vuelo.
- (c) La STC 142/1990, de 20 de septiembre, cuya doctrina se reitera en las SSTC 158/1990 y 58/1991, invalida el art. 3.1 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 en cuanto que excluía

a los varones de la pensión de viudedad del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI). Esta Sentencia reproduce, casi en sus propios términos, la argumentación y conclusiones de la STC 103/1983, ya citada.

(d) La STC 28/1992, de 9 de marzo, presenta una estructura semejante a la STC 207/1987: un trabajador varón que recurre una norma de convenio que establecía una ventaja en beneficio exclusivo de las trabajadoras, ventaja que el TC considera discriminatoria, pero si en la STC 207/1987 se otorgaba el amparo, aquí se desestima. El asunto que resuelve la STC 28/1982 es el siguiente: el convenio colectivo de Telefónica concedía un plus de transporte nocturno sólo a sus trabajadoras (hasta 1985, en que se extiende a todos los empleados). El TC considera que dicho plus es una medida paternalista porque no favorece la promoción del trabajo de la mujer, sino que parte de una noción diferenciadora de la mujer, que la supone sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón, incompatible con el mandato de parificación del art. 14 CE. A pesar de considerar a la norma diferenciadora ilegítima, el TC desestima el amparo, precisamente porque al ser ilegítima no puede extenderse a los varones y porque si, pese a todo, se optara por tal extensión, el TC estaría creando una norma nueva, lo que a todas luces excede de su competencia. Recordemos que en las Sentencias relativas a pensiones de viudedad el TC ha optado por tal extensión a los varones. La STC 28/1992 acierta, en nuestra opinión, en la fijación de los márgenes de decisión lícitos del propio Tribunal, que son traspasados cuando se amplía a los varones un beneficio (legítimo o no) concedido inicialmente en exclusiva a las mujeres. En estos casos, el Tribunal crea una norma (y casi siempre, además, con un importante impacto económico sobre las arcas públicas). Pero la Sentencia 28/1992 deja irresuelto el trato discriminatorio hacia los trabajadores varones, porque reconoce la existencia de una norma colectiva discriminatoria, pero no la invalida. Es decir, la Sentencia tolera la existencia en el ordenamiento de una norma que ella misma ha considerado contraria al art. 14 CE. Una solución más equilibrada podría haber sido, quizás, declarar nula, por discriminatoria, la norma convencional (y, por tanto, dictar un fallo estimatorio), pero detener ahí el pronunciamiento, no ir más allá ampliando la ventaja al actor y a los demás trabajadores varones de la empresa. Y ello porque las medidas falsamente protectoras de las mujeres no sólo las discriminan a ellas, al considerarlas seres de inferior valor, por eso mismo necesitados de mayor protección, sino también a ellos, a sus compañeros varones. No procede, a nuestro juicio, igualar por arriba, extendiendo esta ventaja (inicialmente sólo para mujeres) a los varones, ni dejar subsistente la discriminación, incluso advertida (como hace la STC 28/1982), sino igualar por abajo: anular el acto o norma discriminatoria para todos, mujeres y hombres, pues a todos perjudica en realidad. La STC 28/1992 ofrece también otro ejemplo del carácter en gran medida tautológico del test de la medida paternalista/compensadora. En efecto, no exterioriza un examen complejo o detenido de por qué un plus de transporte nocturno otorgado sólo a las trabajadoras es una medida paternalista. Varias páginas del Código Penal demuestran una mayor inseguridad de las mujeres ante la posibilidad de ataques físicos e incluso el Tribunal Constitucional federal alemán, en su Sentencia de 28 de enero de 1992 (que declaró contraria a la Ley Fundamental la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres), al valorar el argumento en favor de dicha prohibición del riesgo especial al que están sujetas las mujeres, reconoció que *“acaso podrían evitarse estos riesgos especiales poniendo a su disposición un autobús para los desplazamientos que hayan de realizar por motivo de su trabajo nocturno”*. La distinción entre medidas paternalistas y compensadoras es siempre difícil y opinable, pero exige de los Tribunales una exposición de argumentos que no sea meramente circular.

- (e) La STC 3/1993, de 14 de enero, anula el art. 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que reconocía sólo a las hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos, el derecho a percibir ciertas prestaciones. El TC vuelve a extender a los varones la ventaja concedida inicialmente sólo a las mujeres. Con el agravante, en este caso, de que, a diferencia de lo que ocurría con la pensión de viudedad, la propia Sentencia considera aquella ventaja como ilegítima o discriminatoria: la medida diferenciadora no tiene la función de reincorporar a la mujer al trabajo, ni su emancipación de las tareas domésticas, sino que es una medida compensadora de un estado de necesidad en el que predomina la visión paternalista y la función sustitutiva de la pensión perdida. Por ello, afirma la Sentencia, se trata de una prestación que, adoptada por el factor de diferenciación sexual, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que privilegio instituido en favor de la misma que se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella.
- (f) La STC 315/1994, de 28 de noviembre, es semejante, en cuanto al supuesto que examina, a la STC 68/1991, de 8 de abril: una pensión de orfandad que concedía un reglamento local navarro a los hijos varones de empleados municipales hasta los veinticinco años y a las hijas hasta que “tomaren estado civil o religioso, sea cualquiera su edad”. Ahora bien, la STC 68/1991 estima el recurso de amparo solicitado por una de estas hijas frente a la denegación administrativa de dicha pensión (el Ayuntamiento interpretaba el precepto reglamentario, a la luz del art. 14 CE, entendiéndolo que sólo deberían tener derecho a la pensión las mujeres que, sin empleo, carecieran de suficientes medios de subsistencia; por cierto que esta misma interpretación fue defendida tanto por el Tribunal Supremo como por el Voto discrepante que acompaña a la Sentencia, de los magistrados Álvaro Rodríguez Bereijo y Eugenio Díaz Eimil). A juicio del TC, es “cuando menos probable” que el precepto reglamentario que introduce la distinción sea discriminatorio, pero de ello “no puede extraerse, sin embargo, otra consecuencia que la de que no puede denegarse, con apoyo en la norma discriminatoria, un derecho que ésta concedería si no lo fuera”; de modo que, mientras exista esa norma (aunque de apariencia discriminatoria), y en tanto el legislador no la modifique, “el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también a quienes, según el texto literal de la misma, no lo tendrían, inaplicando las cláusulas que establecen la discriminación”. Esta STC 68/1.991 mantiene, en definitiva, la legitimidad de un trato favorable a las hijas de los empleados municipales respecto de los hijos argumentando no desde la doctrina anterior del TC sobre la discriminación por razón de sexo (test de la medida paternalista/compensadora), sino a partir de la idea de que los aplicadores del Derecho no pueden privar a nadie del derecho otorgado por una norma (aunque pudiera incurrir en discriminación), en tanto no sea modificada o derogada. Estamos en presencia, pues, de otra solución distinta que ofrece el TC al complejo problema de la reparación jurídica de las discriminaciones: se reconoce que la discriminación “probablemente” existe en favor de un grupo de mujeres, pero no se extiende a los varones similarmente situados (línea de la jurisprudencia sobre pensiones), ni se desestima el amparo aunque se reconozca la discriminación (solución de la STC 28/1992, sobre plus de transporte nocturno), sino que se reconoce la discriminación, pero, pese a todo, se otorga el amparo. En nuestra opinión, la norma era claramente discriminatoria por paternalista o falsamente protectora y, en consecuencia, el TC debiera haber declarado nula y derogada la norma reglamentaria preconstitucional, por incompatible con el art. 14 CE, y haber desestimado el amparo.

Pues bien, en la STC 315/1994 el actor era un varón que solicitaba, con apoyo en la jurisprudencia del TC sobre discriminación por sexo en materia de pensiones, una equiparación “por arriba” con las mujeres similarmente situadas, esto es, que se extendiera también a los hijos varones de los empleados municipales navarros el régimen más favorable para el disfrute de la pensión de orfandad concedido inicialmente a las mujeres. Muy acertadamente, el TC desestimará el amparo porque el principio de igualdad “no siempre es motor de una generalización del régimen más favorable y, muy al contrario, puede exigir la supresión del beneficio si éste fuere injustificado y no razonable, dando origen a una situación privilegiada con base a un criterio diferencial incompatible con el sistema de valores latentes en la Constitución”; de modo que el principio de igualdad “no puede ser un medio para adquirir derechos ajenos en virtud del agravio comparativo... no resulta posible una parificación en la discriminación misma”.

(g) La STC 317/1994, de 28 de noviembre, es reseñable no tanto por la solución concreta a la que llega (que sigue el test típico), como por su intento de sistematizar criterios para distinguir las medidas paternalistas o falsamente protectoras de las legítimas medidas de acción positiva para el fomento de la igualdad de las mujeres. La Sentencia desestima el amparo, cuyo contenido era la petición de aplicación de una norma pre-constitucional que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio. El TC declara dicha norma falsamente protectora y, por tanto, confirma la corrección de la decisión de los órganos judiciales ordinarios de considerarla derogada por la Constitución. La Sentencia aporta dos criterios generales para distinguir una medida paternalista de otra de acción positiva: (1º) que la medida no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, “que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo”; y que (2º) no haya perdido su razón de ser, esto es, “que no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados”. Aplicados estos criterios al caso, la Sala concluyó que la norma en examen era discriminatoria, porque provocaba la pérdida de igualdad de oportunidades en el empleo (al incentivar la interrupción de la carrera profesional de la mujer) y porque habría perdido su razón de ser en una sociedad como la actual.

## B) MEDIDAS QUE EL TC HA CONSIDERADO ACCIONES POSITIVAS LEGÍTIMAS.

Estas decisiones (cuyo paradigma es la tanta veces citada STC 128/1987), son particularmente interesantes porque constituyen el auténtico banco de pruebas del reconocimiento de la licitud constitucional de las acciones positivas. Sin embargo, se perfilan aquí también no pocas zonas de penumbra, como tendremos ocasión de comprobar.

(a) En el asunto que da origen a la STC 19/1989, el actor (varón) alegaba que las normas de los estatutos de la mutualidad laboral sobre pensión de jubilación en el sector textil aplicables a su caso (que habían sido derogados ya hacía mucho tiempo antes, pero que perduraron en el tiempo a través de normas transitorias) eran discriminatorias porque establecían una sensible diferencia entre hombres y mujeres cuando la jubilación se producía entre los sesenta y los sesenta y cuatro años (la de la mujer podía llegar a ser un 80% del salario regulador y la del varón podía alcanzar como máximo el 70%). El TC declara que esta diferencia no es discriminatoria pues se

aplicaba en un sector de actividad en el que, por aquellas fechas, la mujer trabajadora estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y salario, y adscrita a categorías profesionales de menor calificación. El TC recuerda que la norma enjuiciada se inscribía en un contexto normativo que se decía comprometido en “liberar” a la mujer casada “del taller y de la fábrica” (Declaración II del Fuero del Trabajo) y que, en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de su matrimonio, bien mediante reglas de fomento del empleo de “padres” o “cabezas” de familia (condición que se predicaba, ante todo, del varón), había colocado a las mujeres en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo. El TC sostiene que la diferencia impugnada no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones en el momento de su jubilación, sino compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. No obstante, hay que tener en cuenta que el TC para justificar esta diferencia de trato valora muy significativamente el carácter limitado, excepcional o “histórico” de la medida. Posiblemente, si hubiera estado vigente en el tiempo en el que se dicta la Sentencia, el TC habría razonado de otro modo.

- (b) La STC 109/1993, de 25 de marzo, cuya doctrina se reitera en la STC 187/1993, de 14 de junio, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”. Hay que tener en cuenta que después del planteamiento de la duda de constitucionalidad ante el TC, se amplió el precepto: “Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen”. Por ello, la relevancia práctica de la Sentencia, cuando se dicta en 1993, es ya muy reducida. En el proceso *a quo*, un trabajador varón que atendía ordinariamente la lactancia de su hijo (su mujer no podía hacerlo al tener que desplazarse diariamente para trabajar lejos del domicilio familiar) había reclamado contra su empresa porque ésta le autorizó la ausencia para alimentar al hijo, pero no se le retribuía. La STC 109/1993 sostiene la constitucionalidad de la norma impugnada, considerando que su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de sus hijos recién nacidos. La medida no implica una visión de la mujer como ser inferior en el trabajo, sino “una ventaja de apoyo a la mujer como grupo desfavorecido”, de una compensación, derivada del art. 9.2 CE. “No puede afirmarse genéricamente -indica el TC- que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por su sexo)”. Antes bien, “la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados”. La Sentencia basa su conclusión de que la conservación del permiso de lactancia en exclusiva para las trabajadoras es una medida compensadora de una situación de específica desventaja de la mujer trabajadora, en que la lactancia natural (como el embarazo y el parto) es una realidad biológica diferencial. Y aunque admite que en el caso de la lactancia artificial también el varón puede prestar ese cuidado al hijo y que acaso la medida en examen lleva consigo el riesgo de consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, sostiene su constitucionalidad en la medida en que, siendo una norma laboral (que no se refiere, pues, al reparto de res-

ponsabilidades entre padre y madre), su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado del hijo recién nacido.

Esta argumentación dividió al TC; al Voto particular de Vicente Gimeno se adhirieron otros tres magistrados: Fernando García-Mon, Carlos de la Vega y Eugenio Díaz Eimil. Para ellos, el precepto cuestionado discriminaba claramente por razón de sexo a los trabajadores varones (que pueden alimentar artificialmente a sus hijos) y también a las mismas trabajadoras, pues si bien la finalidad tuitiva de la norma pudo encontrarse en su origen remoto (una Ley de 1944), desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora, “aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta que para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será ‘más rentable’ contratar a hombres que a mujeres trabajadoras dado el incremento de los costes laborales que por esta causa y por otras biológicas (vg. las bajas por maternidad) las mujeres siempre ocasionan”.

Lo afirmado en el Voto discrepante parece más acorde con la realidad socio-laboral actual; la concesión en exclusiva a la trabajadora del permiso de lactancia es hoy, probablemente y si tenemos en cuenta los dos criterios que más tarde aportará la STC 317/1994 (que la diferencia no anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo de las mujeres y que no tienda a perpetuar estereotipos ya superados -del tipo: el cuidado de los hijos corresponde sólo o preponderantemente a las madres-), más una medida falsamente protectora que una auténtica medida de acción positiva. Pero en todo caso, y más allá de la duda (casi metafísica) de si se trata de una medida paternalista o, por el contrario, compensadora, lo cierto es que en la STC 109/1993 no podemos encontrar un asidero seguro del reconocimiento por parte del TC de las acciones positivas. La ventaja cuestionada dudosamente podría considerarse una ventaja; y ni siquiera estaba en vigor al tiempo de ser dictada la Sentencia. Dado que, como hemos visto, la STC 19/1989 tampoco es un ejemplo válido del reconocimiento de las acciones positivas, podemos concluir que, hasta la fecha, la única Sentencia que ha mantenido una regulación favorable en exclusiva a las mujeres también para el futuro (y no sólo para situaciones pasadas) ha sido la STC 128/1987. En otras palabras, esta última Sentencia, que es mecánicamente citada por el TC en todos los casos de discriminación por razón de sexo, incluso en la jurisprudencia de equiparación (lo cual no tiene mucho sentido: una mujer puede trabajar en el interior de una mina, no porque se la compense de nada ni se fomente positivamente una igualdad de oportunidades, sino porque no existe ninguna razón válida para que no lo haga en condiciones de igualdad con los varones), ha originado una línea jurisprudencial ¡que, en realidad, sólo ha sido seguido por ella! Y no deja de ser curioso que las dos principales medidas que el TC ha considerado compensatorias hayan sido, precisamente, un plus de guardería y el permiso de lactancia, dos “ventajas” más orientadas a que la mujer compatibilice su actividad laboral con las actividades domésticas y familiares, que a promocionarla efectivamente en el trabajo extradoméstico.

## VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DISCRIMINACIONES POSITIVAS.

### A) SENTENCIA KALANKE, DE 17 DE OCTUBRE DE 1995

El conflicto derivaba de la provisión del puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de la ciudad alemana de Bremen. Se presentaron los ingenieros sr. Kalanke y sra. Glissman. El art. 4 de la ley del land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la función pública establecía que al efectuar una selección de funcionarios (acceso y promoción) tendrán preferencia las mujeres frente a los varones con la misma capacitación en aquellos sectores en las que estén infrarrepresentadas (esto es, cuando en la categoría de personal de un determinado servicio las mujeres no cubren, al menos, la mitad de los puestos. El órgano alemán de selección aplicó esta norma y dio la plaza al sr. Kalanke, que recurrió ante el tribunal de trabajo alegando que tenía una capacitación superior y que el sistema de cuotas era contrario a la Constitución alemana. Esta reclamación no prospera en la instancia y llega al Tribunal Federal Superior de Trabajo, que plantea al TJ de la Unión cuestión prejudicial, esto es, la duda de la compatibilidad de la ley alemana con la Directiva 76/207. El TJ, sin demasiada argumentación, concluye que una regulación como la alemana según la cual en una promoción las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan **automáticamente** de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. Se pregunta después si el art. 4.2 de la Directiva podría amparar esta norma (como límite justificado): “la Directiva no obstará a 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”. El Tribunal afirma (no lo comparto en absoluto) que este art. 4.2 es “una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva”, por lo que “debe interpretarse restrictivamente” (párrafo 21), para concluir que “una normativa como la examinada que garantiza una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art.4.2” (p. 22). Sólo apunta, finalmente, un argumento: la norma alemana no es una medida de igualdad de oportunidades, sino de resultado.

### B) SENTENCIA MARSCHALL, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997

En este caso (también suscitado en Alemania, aunque en otro Land, Nordrhein-Westfalia y también planteado por un varón que se siente agraviado), el recurrente, profesor, no logra un ascenso porque, en aplicación del art. 25.5 de la Ley de Función Pública del Land (“cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”), ascienden a una compañera mujer que tenía igual capacidad que él. Es un caso semejante a Kalanke, pero no idéntico porque la cuota no es automática en el caso de infrarrepresentación, sino que existe una “cláusula de apertura”: se establece una regla de preferencia a favor de las mujeres, pero pueden concurrir motivos en la persona de un candidato que inclinen finalmente la balanza a su favor. El Tribunal entiende por ello que no viola el principio

de igualdad de trato de la Directiva 76/207. Consta que, incluso en el caso de igual capacitación entre candidatos de diversos sexos, existe la tendencia a promover con preferencia a los hombres debido a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y la capacidad de las mujeres en la vida activa, del tipo, por ejemplo, de temor a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, o a que, debido a las tareas del hogar y familiares organicen su jornada laboral de forma menos flexible o que se ausenten por embarazos, partos y lactancia. Por esta razón, el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades. De ahí que una norma como la alemana sea una medida legítima de igualdad de oportunidades (art. 2.4 Directiva) porque puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos y a reducir de esa forma las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. El art. 2.4 (igualdad de oportunidades) tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social; entre otras, autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

Combinando la doctrina sentada en ambas Sentencias (Kalanke y Marschall), el Tribunal de Justicia sienta su tesis: una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario:

- cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y
- cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones de naturaleza personal de todos los candidatos.

### C) SENTENCIA BADECK, DE 28 DE MARZO DE 2000

Se plantea la posible contradicción con la Directiva 76/207 de la Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública (de 1993). El Tribunal utiliza el test Kalamke/Marschall para enjuiciar diversas acciones positivas de esta Ley:

- 1º) En caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo seleccionados y en sectores de la función pública de subrepresentación femenina (grupo de la función pública donde haya menos puestos ocupados por mujeres que por hombres), tendrán preferencia las candidatas femeninas, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior. El Tribunal se plantea si ésta es una regla de preferencia tipo Kalanke (prohibida) o tipo Marschall (admitida), concluyendo esto último. Primero, porque ya en la valoración de los méritos de los candidatos, la ley alemana prohibía tener en cuenta criterios que, aunque formulados de forma neutra respecto al sexo, perjudican tradicionalmente a las mujeres como situación familiar, ingresos del

cónyuge, trabajo a tiempo parcial, permisos motivados por el cuidado de hijos o familiares necesitados. Tampoco se pueden tener en cuenta criterios que suelen favorecer a los hombres como la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso. Y sí se puede tener en cuenta la capacidad y experiencia adquiridas en el ejercicio del trabajo familiar en la medida en que tengan importancia para la aptitud, competencia y capacidad técnica de los candidatos. Segundo, porque aunque candidatos de distintos sexos tengan la misma calificación (aplicados los criterios anteriores), la preferencia por ellas no es absoluta porque puede haber “motivos de rango jurídico superior” (basados en la protección constitucional del Estado social y del matrimonio y la familia): puede darse una preferencia de cinco tipos, (1) a los antiguos miembros del personal de la administración que hayan cesado por razones de trabajo familiar; (2) personas que, por motivos de trabajo familiar, hayan ejercido una actividad a tiempo parcial y deseen volver a ejercer una actividad a tiempo completo; (3) militares que voluntariamente hayan cumplido un servicio de duración limitada más largo que el servicio obligatorio (con un mínimo de 12 años); (4) personas con minusvalía grave (la obligación de ascender a los minusválidos prima sobre la de ascender a las mujeres) y (5) desempleados de larga duración.

2º) Los objetivos del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal del servicio científico o para auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, doctores o estudiantes de la respectiva especialidad. El Tribunal entiende que esta cuota mínima no plantea objeciones porque es un régimen especial para el sector científico que no fija un límite absoluto, sino que se refiere al número de personas que hayan adquirido una formación profesional adecuada, lo cual significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia a favor de las mujeres.

3º) En aquellas profesiones que requieren una formación especializada, las mujeres están subrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio de formación, deben reservarse a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación. Según el Tribunal tampoco esta medida viola el derecho comunitario. Primero porque no se trata de una cuota rígida ya que la ley alemana prevé que si, pese a divulgar la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes, más de la mitad de las plazas podrían ser cubiertas por hombres. Segundo porque lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública. Tercero porque se trata de formación que puede dispensarse también en el sector privado por lo que ningún candidato masculino queda definitivamente excluido de la formación. Cuarto, porque esta medida forma parte de las destinadas a eliminar las causas de que las oportunidades de acceso al trabajo y al desarrollo profesional otorgadas a las mujeres sean menores y consisten, además, en intervenciones relativas a la orientación y formación profesionales, admitidas por el art. 2.4 Directiva (cuyo fin es mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres).

4º) En caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, se debe garantizar que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en los que las mujeres estén infrarrepresentadas. Tampoco encuentra objeción alguna el Tribunal porque es una medida que al garantizar que en el caso de igual capacitación las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación, está encaminada a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el sentido del art. 2.4 D.

5º) En el nombramiento de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y control, al menos la mitad de sus miembros deben ser mujeres. El Tribunal no la entiende contraria a la Directiva, porque no tiene carácter imperativo (no puede aplicarse, por ejemplo, a los cargos atribuidos mediante elección).

#### D) SENTENCIA KATARINA ABRAHAMSSON (Y OTRAS), DE 6 DE JULIO DE 2000

La Universidad sueca de Göteborg ofreció un puesto de profesor de ciencias de la hidrosfera, indicando que podría aplicarse la discriminación positiva a favor de las mujeres en la provisión. Se presentaron 8 candidatos. La Comisión de Nombramientos de la Universidad efectuó dos votaciones. En la primera se tuvo en cuenta sólo la capacitación científica de los candidatos. En ella el sr. Anderson resultó el primero y una mujer (sra. Destouni) la segunda. En la segunda votación, que tenía en cuenta el reglamento sueco sobre la enseñanza superior (art. 15 bis), que permite establecer en la provisión de puestos docentes la discriminación positiva con vistas a favorecer la igualdad en el medio laboral (un candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea la capacitación suficiente para el puesto, podrá ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que en caso contrario habría sido designado, siempre que la diferencia entre las respectivas capacitaciones no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación), resultó más votada la sra. Destouni y ésta fue la propuesta por el tribunal calificador. Pero esta sra. renuncia. El tribunal elige a la segunda mujer mejor clasificada, la sra. Fogelqvist, admitiendo que la diferencia entre el sr. Anderson y ella era considerable pero le era difícil interpretar el alcance del art. 15 bis del reglamento citado. El Rector nombró a la mujer afirmando que la diferencia entre ellos no era tan considerable como para que la discriminación positiva a favor de la mujer vulnerara la exigencia de objetividad en la provisión de puestos. El sr. Anderson y la sra. Abrahamsson (otra candidata) impugnaron la decisión.

El Tribunal entiende que esta medida es contraria al Derecho comunitario. Primero porque la normativa sueca, a diferencia de la alemana, permite dar preferencia a las mujeres incluso aunque no tengan la misma cualificación que sus competidores varones. Segundo porque la normativa sueca no establece criterios claros y precisos, transparentes que permitan control. Tercero, se concede una preferencia automática a las mujeres, incluso aunque tengan menos méritos, y no se consideran las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. Esta medida, añade el Tribunal es contraria al derecho comunitario por absoluta y desproporcionada incluso aunque se aplicara sólo a ciertos puestos o a ciertas facultades.

## E) SENTENCIA JULIA SCHNORBUS, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2000

La sra. Schnorbus, alemana, planteó una demanda ante el tribunal contencioso-administrativo de Francfort del Meno por considerar que una Ley del land de Hesse, que regulaba el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias que preceden al segundo examen de Estado de la carrera de Derecho (en ese periodo, de dos años, hacen prácticas bajo el control de jueces, fiscales, etc.; estas prácticas son remuneradas y son funcionarios a título temporal), otorgaba prioridad a los candidatos que hubieran prestado el servicio militar. El Tribunal alemán plantea cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia europeo concluirá que es compatible con la Directiva un trato favorable para los varones que hayan realizado 10 meses de servicio militar obligatorio priorizándoles incluso sobre las candidatas mujeres para compensarles de una desventaja objetiva, ya que el propio Estado les impone la obligación de hacer el servicio militar. Además, no sería una discriminación sexual directa porque se pospone a todos los que no hayan hecho el servicio militar, sean hombres o mujeres, pero sería una discriminación indirecta a favor de los hombres, que son los únicos legalmente sometidos a hacer el servicio militar (la medida afecta a una proporción netamente más elevada de personas de un sexo), aunque estaría justificada por razones objetivas e inspirada únicamente por la preocupación de contribuir a compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio. Además, no es una preferencia absoluta para los varones, porque hay también otras reglas de preferencia (haber sido cooperante, minusválidos graves, etc.).

## F) SENTENCIA LOMMERS, DE 19 DE MARZO DE 2002

El sr. Lommers es funcionario del ministerio de agricultura holandés. Su esposa es empleada por cuenta ajena. En 1995 mister Lommers solicita al Ministerio que reservara una plaza de guardería para su hijo que iba a nacer. Se le denegó la solicitud porque ello estaba reservado sólo para funcionarias (y a ellos sólo en caso de "urgencia"). El Tribunal entiende que esta medida no viola el Derecho comunitario. Dado que (1º) la situación del personal en ese Ministerio demostraba una considerable infrarrepresentación de las mujeres (de 11.251 empleados, sólo 2.792 eran mujeres), tanto en número como en presencia en los puestos de grado superior, y que (2º) la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles para los hijos puede inducir a las trabajadoras a renunciar a su empleo, "procede señalar" que una medida como la controvertida se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional y, por tanto, es una medida incluíble en el art. 2.4 Directiva.

El Tribunal pasa, no obstante, a enjuiciar la proporcionalidad de la medida, considerando que: (1º) esta medida que pretende abolir una desigualdad de hecho no contribuye del mismo modo a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer (según el cual los hijos sólo o principalmente corresponden a sus madres), y no lo hace porque, en el contexto de una oferta insuficiente, existen listas de espera también para las funcionarias, de modo que ni siquiera ellas están seguras de poder obtener una plaza; (2º) la medida no priva a los trabajadores de acudir a guarderías privadas (se apoya en la Sentencia Badeck respecto de la formación profesional); (3º) los funcionarios pueden obtener plaza en casos de urgencia (como, por ejemplo, según tenía establecido el Ministerio, en el caso de que los funcionarios educaran solos a sus hijos –en este caso afirma el Tribunal que si se les excluyera

sí se violaría el Derecho comunitario-); (4º) el Tribunal no puede entrar a valorar si esta medida perjudicaría (discriminaría por razón de sexo) a la mujer del sr. Lommers que podría tener problemas para continuar su carrera profesional por tener que ocuparse de los hijos de corta edad, ya que el ámbito del examen sólo puede extenderse a los funcionarios del Ministerio (personas similarmente situadas).

## VII. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2006/54

1ª) Recoge de forma expresa el principio de transversalidad en el art. 1: “Los EEMM tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades”. Puede ser interesante, en este sentido, advertir que, debido a esta influencia europea, en España se ha dictado la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno (se exige ahora, junto con la memoria, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del anteproyecto y la memoria económica que contenga la estimación del coste de la nueva regulación”).

2ª) Define conceptos esenciales:

- a) “Principio de igualdad de trato”= ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar (art. 2.1).
- b) “Discriminación directa” = situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo (art. 2.2).
- c) “Discriminación indirecta”= situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (art. 2.2).
- d) “Acoso”= situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 2.2).
- e) “Acoso sexual”= situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 2.2).

3ª) El acoso y el acoso sexual se consideran discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán (art. 2.3). Los EEMM alentarán a los empresarios a adoptar medidas para prevenir

todas las formas de discriminación sexual, y en particular el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo (art. 2.5).

4ª) Se mantienen como excepciones a la igualdad de trato entre trabajadoras y trabajadores las tradicionales en Derecho europeo: las normas protectoras del embarazo y la maternidad (un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituirá discriminación –art. 2.7- y, por otro lado, la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia –art. 2.7-), ciertas actividades profesionales<sup>45</sup> para las cuales la apariencia física<sup>46</sup> o el sexo constituyen una condición determinante, y, por último, las medidas de acción positiva a favor de la igualdad de oportunidades (art. 2.8).

Es precisamente esta comprensión de la igualdad de trato como identidad de trato la que me resulta criticable y, como consecuencia de lo anterior, también la lectura de la igualdad de oportunidades como una excepción (aunque legítima) de la igualdad de trato. A mi juicio, se trata, más bien, de una manifestación de su contenido: no es posible la igualdad de trato sin la igualdad de oportunidades porque no se trata sólo de impedir que las mujeres sean tratadas peor que los varones similarmente situados (de modo directo o indirecto) sino también de que sean tratadas jurídicamente mejor en el caso de que se hallen fácticamente peor. Además, la igualdad de trato no es sólo un “principio” (como le cataloga la Directiva) sino también y sobre todo una “regla” (un auténtico derecho subjetivo fundamental).

5ª) La aplicación de la igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, en relación con: el acceso al empleo, la promoción, el acceso a la orientación y formación profesionales, las condiciones de empleo y trabajo, la afiliación y participación en cualquier organización de trabajadores, empresarios y profesionales (art. 3.1). Las obligaciones que asumen los EEMM de acuerdo con la Directiva son los siguientes:

a) Deberán derogar cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato y debe declararse nula o modificarse cualquier disposición contraria a este principio que figure en contratos, convenios colectivos, reglamentos de empresas, estatutos de profesiones y de organizaciones sindicales y empresariales (art. 3.2).

<sup>45</sup> El art. 2.2 de la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato se refiere a esta posibilidad de que ciertas profesiones estén excluidas para las mujeres, en razón de la naturaleza o de las condiciones de ejercicio. El art. 9.2 exige a los Estados miembros que procedan a un examen periódico de dichas actividades a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener la exclusión, comunicando a la Comisión el resultado del examen. El Tribunal de Justicia ha identificado como empleos que pueden reservarse a un solo sexo el de matrona y ciertas actividades en residencias privadas (Sª Comisión v. Reino Unido, de 8 de noviembre de 1983), policía en algunos casos (Sª *Johnston*, de 15 de mayo de 1986) o vigilante en una administración penitenciaria (Sª Comisión v. Francia, de 30 de junio de 1988).

<sup>46</sup> El empleador tiene cierta libertad para exigir a sus empleados una determinada apariencia física o de vestido, que proporcionan una imagen de la entidad. Se trata de una decisión de “cómo llevar el negocio”. Pero esta libertad no es, por supuesto, ilimitada. No puede reforzar, según los cánones culturales en presencia, un estereotipo sexual de modo ofensivo o innecesario. En este sentido, la Sentencia del TSJ de Valencia de 19 de enero de 1993 consideró discriminatoria la obligación de llevar uniforme impuesta sólo a las dependientas de unos grandes almacenes. Debe tenerse en cuenta, también, el derecho del trabajador a su propia imagen (art. 18.1 CE). Recuérdese la oportunidad perdida por la STC 84/2.006 para haber fijado criterios sobre este particular.

- b) Deberán crear (si no tienen ya) procedimientos judiciales y administrativos para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva (art. 6.1); medidas para garantizar la indemnización o reparación real y efectiva del perjuicio sufrido de manera disuasoria y proporcional al perjuicio (sin que pueda estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*) –art. 6.2-.
- c) Las asociaciones, organizaciones, etc. que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la Directiva podrán iniciar, en nombre o en apoyo del demandante y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo (art. 6.3).
- d) Deberán adoptar medidas para proteger a los trabajadores y sus representantes contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción frente a una reclamación o una acción judicial destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 7).
- e) La Directiva también obliga a los Estados a designar uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por razón de sexo. Dichos organismos podrán formar parte de los órganos responsables de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguarda de los derechos individuales (art. 8 bis). Competencias mínimas (art. 8.2): prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, realizar estudios independientes sobre la discriminación y publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación. Esta exigencia obliga a modificar en parte el sistema español de feminismo institucional, porque ese órgano debe ser independiente de la Administración (podría ser específico o albergarse en los defensores del pueblo, pero con ciertas modificaciones porque requiere alguna especificidad).
- f) También deberán los EEMM adoptar medidas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato, medidas como el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, investigación o intercambio de experiencias y buenas prácticas (art. 8 ter 1). También a celebrar convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en el marco de la negociación colectiva (8 ter 2). A alentar a los empresarios a que fomenten la igualdad de forma planificada y sistemática (art. 8 ter 3), presentando, por ejemplo, con periodicidad regular a los empleados y/o sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato en la empresa (información estadística sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los trabajadores) –art. 8 ter 4-.
- g) Deberán fomentar el diálogo con las ONG del ramo (art. 8 quater).
- h) Y establecer el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la Directiva. Las sanciones podrán incluir la indemnización a la víctima. (art. 8 quinto).

- i) Por último, los EEMM podrán adoptar medidas más favorables que las de la Directiva y la aplicación de ésta no podrá servir para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los EEMM (art. 8 sexto).

## VIII. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 43/2000

La Directiva 2000/43 se ordena en cuatro capítulos. El primero estipula las “disposiciones generales”, el segundo los “recursos y cumplimiento”, el tercero “los organismos de promoción de la igualdad de trato” y el cuarto alberga las “disposiciones finales”.

En el Capítulo primero se explicita el marco conceptual de la Directiva en relación con la discriminación racial, importándolo claramente del que las instituciones europeas han ido acuñando en el ámbito de la discriminación sexual. El paralelismo de la respuesta jurídica antidiscriminatoria en ambos escenarios es uno de los datos más significativos a retener inicialmente de la Directiva 2000/43, y deberá tenerse en cuenta, a mi juicio de un modo determinante, en el momento de su transposición. La Directiva entiende por *igualdad de trato* “la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico” (art. 2.1). Existirá discriminación *directa* “cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable” (art. 2.2.a). Se producirá una discriminación *indirecta* “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 2.2.b). La semejanza con el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo es notoria, pues el concepto de discriminación que se acoge procede de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1.976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba, y de la jurisprudencia del Tribunal en materia de discriminación en los ámbitos de igualdad de trato entre hombres y mujeres y libre circulación de trabajadores. La similitud llega a ser de tal magnitud que el apartado tercero del art. 2 especifica como modalidad de discriminación (cabe suponer que, normalmente, directa) la conducta del acoso, con la lógica salvedad de que este acoso racial no puede referirse, a diferencia del acoso sexual, al “acoso quid pro quo o de chantaje”, sino tan sólo al denominado “acoso ambiental”, esto es, aquel “comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

La prohibición de discriminaciones directas e indirectas no impide, sin embargo, tal y como prevé el art. 4, que los Estados miembros puedan disponer que “una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. El límite que introduce esta disposición también es conocido en el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo, en el que el art. 2.2 de la capital Directiva 76/207 admitía

ciertas actividades profesionales excluidas para las mujeres en aquellos casos en los que el sexo es una condición determinante de la actividad profesional, en razón de la naturaleza o de las condiciones de ejercicio, y el art. 9.2 de esa misma Directiva exigía que los Estados miembros procedieran a un examen periódico de dichas actividades profesionales excluidas, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener la exclusión, comunicando a la Comisión el resultado del examen<sup>47</sup>. Por cierto que esta última previsión hubiera sido especialmente oportuna en relación con la exclusión, o restricción, o simple diferencia de trato en el acceso, promoción, etc., de ciertas profesiones por razón del origen racial o étnico, pues añadiría al juicio de proporcionalidad al que se refiere el art. 4 de la Directiva 2000/43 (que exige “objetivo legítimo” y “requisito proporcionado”), una garantía concreta a las, por definición, siempre sospechosas diferenciaciones de trato por origen racial (en cuanto presuntos límites de un derecho fundamental) y, por consiguiente, de interpretación estricta<sup>48</sup>.

Pero no todo el derecho antidiscriminatorio se contrae en los conceptos de discriminación directa e indirecta. La Directiva alude también, como no podía ser de otro modo, a la figura de la “acción positiva”. En el art. 5 se lee: “Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”. A mi juicio, sin embargo, el principio de igualdad de trato no sólo no impide tales medidas o acciones positivas, sino que, más precisamente, las reclama. El legislador comunitario parece ser deudor de un modelo conceptual subyacente que comprende las acciones positivas como una excepción “benigna” y lícita de la prohibición de discriminación (directa e indirecta), del mismo modo que la eventual diferenciación de trato respecto de ciertos requisitos profesionales, prevista en el mencionado art. 4, constituiría una suerte de excepción “negativa”, aunque también lícita bajo ciertas condiciones. El punto débil de esta construcción es, según creo, la asimilación teórica que parece desprenderse de la Directiva entre “prohibición de discriminación” e “identidad de trato”. La prohibición de discriminación no exige, sin embargo, un trato jurídico idéntico entre el grupo social en desventaja y la mayoría aventajada porque, en ese caso, el derecho operaría como un instrumento de conservación del *statu quo* más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Evidentemente, es preciso distinguir el trato jurídico más favorable a un grupo social que sufra alguna desventaja en el plano fáctico (acción positiva), que es la técnica a la que estamos aludiendo ahora, de un posible trato jurídico menos favorable (como sería el previsto en el art. 4 de la Directiva), que debería calificarse, en rigor, como un límite a un derecho fundamental (el derecho a no ser discriminado por el origen racial), y, por tanto, estaría sujeto a estrictas condiciones en su establecimiento y a un control judicial astringente.

Como se ha indicado, las acciones positivas no son un límite a la prohibición de discriminación<sup>49</sup>, y, por tanto, medidas de interpretación estricta (como sí lo son, por el contrario, los tratos jurídicos menos favorables que se pudieran imponer a un grupo racial minoritario), sino que integran el propio

<sup>47</sup> Estos preceptos han sido interpretados por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, ver: Fernando Rey, “El derecho fundamental...”, *ob.cit.*, pp. 73 s.

<sup>48</sup> El párrafo 18 del preámbulo de la Directiva específica, no obstante, que esta diferencia de trato sólo podrá justificarse “en muy contadas ocasiones” y que, en cualquier caso, deberán figurar tales tratos diferenciados “en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión”. Por su parte, la propuesta de Directiva 2000/43 presentada por la Comisión (COM 1999, 566 final), pone dos ejemplos de actividades profesionales excluidas: “el caso de personas de un origen racial o étnico concreto que resultan necesarias en aras de la autenticidad de una representación teatral, o el caso de los asistentes sociales que proporcionan sus servicios a individuos pertenecientes a un grupo étnico específico, cuya labor de asistencia personal puede ser más eficaz si ellos mismos forman parte de dicho grupo”.

<sup>49</sup> Obsérvese que la redacción del art. 5 no deja lugar a dudas sobre la comprensión de las acciones positivas como un límite por parte del legislador comunitario: “el principio de igualdad de trato no impedirá...”.

mandato antidiscriminatorio. Y lo hacen, además, de modo principal porque las agresiones más incisivas contra los miembros de razas minoritarias no suelen provenir, en la actualidad, de discriminaciones directas, sino de las más sutiles discriminaciones indirectas y, sobre todo, de una situación socio-económica muy precaria que impide o dificulta gravemente la igualdad de oportunidades respecto de la mayoría social. En consecuencia, la figura de las acciones positivas se debe encuadrar en el mismo corazón del derecho antidiscriminatorio, que comprende, simultáneamente y con paridad de rango, la igualdad de trato (esto es, las prohibiciones de discriminaciones directas e indirectas) y la igualdad de oportunidades (con el consiguiente fomento de las acciones positivas).

La Directiva traza su ámbito de aplicación en el art. 3, que, desde el punto de vista subjetivo afecta a “todas las personas... tanto al sector público como al privado”, y desde el punto de vista objetivo abarca (a) “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de clasificación profesional”; (b) “el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica”; (c) “las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración”; (d) “la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”; (e) “la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria”; (f) “las ventajas sociales”<sup>50</sup>; (g) “la educación” y (h) “el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda”. De este art. 3 merece destacarse, en primer lugar, que se extiende la prohibición de discriminación también a las relaciones entre particulares y no sólo frente a los poderes públicos, lo cual debe saludarse porque la mayor parte de las agresiones discriminadoras proceden de fuente privada, aunque el art. 18 de la Directiva precisa que los destinatarios de la misma serán los Estados miembros, lo cual parece abonar la tesis de la eficacia mediata de la protección contra la discriminación racial en las relaciones entre particulares; y, en segundo lugar, que lo que podría denominarse como “ámbitos de lucha contra la discriminación” remiten principalmente, y también con buen criterio, a dos pilares: el empleo<sup>51</sup> y la educación, dos bienes, estrechamente vinculados entre sí, que son los que posibilitan un desarrollo autónomo de la propia existencia. También es significativo el inciso h) del art. 3.1, la prohibición de discriminación en el acceso a servicios y bienes disponibles para el público, como la vivienda o recursos financieros como préstamos, hipotecas, etc., porque reacciona contra una de las manifestaciones más típicas del racismo. Sin embargo, se echan en falta del catálogo algunos ámbitos particularmente sensibles, que sí están presentes habitualmente en las normas contra la discriminación sexual, como el de la imagen y los medios de comunicación o la participación de las minorías en los procesos de toma de decisiones.

El apartado segundo del art. 3 pretende, por su parte, que la prohibición de discriminación racial no se convierta en una ventaja que permita alterar en favor del miembro de la raza minoritaria el (cre-

<sup>50</sup> El Reglamento (CEE) n° 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores, obliga a los Estados miembros a conceder las ventajas sociales independientemente de la nacionalidad. Dichas ventajas son prestaciones de naturaleza económica o cultural concedidas en los estados miembro por las autoridades públicas o por organizaciones privadas del tipo de descuentos en los transportes públicos, tarifas reducidas para acceder a acontecimientos culturales, comidas subvencionadas en las escuelas para los hijos de familias con ingresos reducidos, etc. (cf. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnica, presentada por la Comisión –Bruselas, 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 566 final-).

<sup>51</sup> De hecho, las semejanzas con la tantas veces citada Directiva 76/207 son flagrantes, especialmente en la redacción de los incisos a) y c).

cientemente limitado) régimen de entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros<sup>52</sup>.

El Capítulo I, dedicado a las “Disposiciones Generales”, se cierra con un precepto, el art. 6, que sienta el principio que podríamos denominar de “umbral mínimo de protección”, según el cual “los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva”, a la vez que, por el contrario, la aplicación de dicha Directiva “no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma”.

El Capítulo II, cuyo *nomen iuris* es “Recursos y cumplimiento”, alberga diversas disposiciones de contenido heterogéneo, aunque quizás podrían distinguirse aquellas obligaciones de carácter “procesal” (arts. 7-9) de otras de fomento de divulgación de la información y de la participación social en la lucha contra la discriminación (arts. 10-12). Entre las primeras, las disposiciones *procesales*, la Directiva obliga a los Estados:

1º) A “velar” por “la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, e, incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la siguiente Directiva, para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación” (art. 7.1). Asimismo, deberán “velar” por que “las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva” (art. 7.2).

2º) A “adoptar”, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional y salvo en los procedimientos penales (art. 8.3), “las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta” (art. 8.1). Esta técnica de la inversión de la carga de la prueba procede directamente de los arts. 3 y 4 de la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y ha resultado muy útil en el campo de la lucha contra la discriminación sexual en nuestro país<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> El art. 3.2 reza así: “La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas”.

<sup>53</sup> Como se sabe, el artículo 96 del R.D. Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral establece que: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

3º) A “adoptar” en sus ordenamientos jurídicos “las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato” (art. 9).

Entre el segundo tipo de actuaciones antes mencionado, la Directiva establece diversos deberes de fomento a los Estados miembros:

1º) De divulgación de la información, esto es, a que la propia Directiva, “además de las disposiciones correspondientes ya en vigor, sean puestas en conocimiento de las personas a las que sea aplicable, por todos los medios adecuados, en todo su territorio” (art. 10).

2º) De diálogo social. Los Estados deberán adoptar “las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas” (art. 11.1). El apartado segundo del art. 11 precisa que “siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo”

3º) De diálogo con las organizaciones no gubernamentales. Los Estados “fomentarán el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a su legislación y práctica nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial y étnico, con el fin de promover el principio de igualdad de trato” (art. 12).

El Capítulo III contiene un solo artículo, el decimotercero, pero está llamado a jugar un papel estratégico central en la materia. Dispone el precepto que “cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico”. Y concreta que, desde el punto de vista organizativo, dicho ente “podrá formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales”, y que, como competencias mínimas, deberá (1º) “prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación”, (2º) “realizar estudios independientes sobre la discriminación” y (3º) “publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación”.

El Capítulo IV contiene como “Disposiciones Finales” diversas y habituales previsiones acerca del cumplimiento de la propia Directiva, ordenando a los Estados que adopten las medidas necesarias para que se derogue cualquier norma jurídica y toda disposición que figure en “contratos individuales, convenios colectivos, reglamentos internos de las empresas, estatutos de asociaciones con o sin ánimo de lucro, estatutos de profesiones y organizaciones sindicales y empresariales” contrarias al principio de

igualdad de trato (art. 14); que establezcan el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva (art. 15<sup>54</sup>) y adopten todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento; y, finalmente, que adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva antes del 19 de julio de 2.003 (art. 16). La Directiva permite a los Estados confiar su aplicación a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, por lo que respecta a las disposiciones que correspondan al ámbito de los convenios colectivos (art. 16)<sup>55</sup>. Por último, la Directiva ordena a los Estados miembros a comunicar a la Comisión antes de 19 de julio de 2.005 y, a continuación, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo (art. 17.1)<sup>56</sup>. El Informe “facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres”, una previsión interesante que, en la línea del principio de transversalidad o *mainstreaming*, permite conectar las paralelas luchas contra la discriminación sexual y la racial (art. 17.2)<sup>57</sup>. El legislador comunitario es consciente de la *doble discriminación* (racial y sexual) que afecta a las mujeres y pretende que la aplicación del derecho antidiscriminatorio racial tenga en cuenta correctamente la dimensión de género<sup>58</sup>.

#### IX. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE LA GRAN SALA, “D. H. Y OTROS CONTRA LA REPÚBLICA DE CHEQUIA”, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2007

La Sentencia en examen marca un hito en la protección de las minorías raciales por parte del Tribunal de Estrasburgo. Esta institución se toma en serio por primera vez con carácter general la prohibición de discriminación racial (art. 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos) revocando la Sentencia de Sala del mismo Tribunal, de fecha 7 de febrero de 2.006, que he tenido ocasión de comentar críticamente en diversos lugares<sup>59</sup>. En su voto discrepante, el Juez español J. Borrego compara esta Sentencia con un “coche de Fórmula 1”, que se distancia con rapidez de la jurisprudencia anterior del Tribunal. Él juzga esta “arrancada” de modo negativo, pero personalmente creo todo lo contrario: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorpora por primera vez en el ámbito de la discri-

<sup>54</sup> Dichas sanciones, “que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Los Estados deberán comunicar tales disposiciones a la Comisión “a más tardar el 19 de julio de 2003 y le notificarán sin demora cualquier modificación de aquéllas”.

<sup>55</sup> En ese caso, “los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 19 de julio de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias, debiendo los Estados miembros interesados tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia” (art. 16).

<sup>56</sup> El informe de la Comisión, concreta el segundo apartado del art. 17, “tendrá en cuenta, cuando proceda, la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes”. Por último, se indica que “a la vista de la información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la presente Directiva” (art. 17.2).

<sup>57</sup> El párrafo 14 del Preámbulo explica que la Comunidad, en aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo si se considera que “a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.

<sup>58</sup> En el proceso de Pekín (seguimiento de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer celebrado en 1985) se reconocía que la discriminación fundada en el sexo y el racismo se influyen mutuamente y que este último sigue amenazando el normal ejercicio por las mujeres de sus derechos.

<sup>59</sup> Ver: “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, enero-abril (2007), pp. 279-307.

minación racial (ya lo había hecho antes en relación con la discriminación sexual) las categorías del Derecho Antidiscriminatorio que usualmente utilizan tanto el Derecho de la Unión Europea (al que cita en apoyo expresamente en el texto) como en el Derecho norteamericano, del que procede, por ejemplo, el concepto de “discriminación indirecta” que es clave en el asunto resuelto. Esta Sentencia actualiza y pone al día la obsoleta categorización que en materia de igualdad y prohibición de discriminación venía manejando hasta ahora el Tribunal de Estrasburgo. Por primera vez aprecia una discriminación racial indirecta; por primera vez se aplica a este campo el valor probatorio de las estadísticas; por primera vez se incorpora el concepto de interpretación judicial estricta (que en el Derecho norteamericano se llama *strict scrutiny test*) en relación con la discriminación racial; por primera vez se ordena invertir la carga de la prueba en casos de discriminación racial indirecta o de impacto. Por eso, esta decisión es importante no sólo por la solución que presta al conflicto concreto planteado, sino, sobre todo, por la doctrina general que establece respecto de la discriminación racial, aplicable en todos los casos sucesivos. Estamos, pues, en presencia de lo que (también en la cultura jurídica anglosajona) se conoce como un *leading-case*, una Sentencia que establece la doctrina a aplicar en el futuro.

Con carácter previo, hay que recordar que esta Sentencia es de la Gran Sala del Tribunal y revoca la anterior de una Sala del mismo Tribunal. Y es que el art. 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite, en “casos excepcionales” (por su importancia social, como éste, apreciada previamente por un colegio de cinco jueces) el “reexamen” de las Sentencias de Sala. Esta Sentencia es, por tanto, la última palabra de Estrasburgo sobre este conflicto.

También con carácter propedéutico, procede llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal constata la situación social en desventaja de la comunidad gitana como criterio de interpretación del asunto. Literalmente, sostendrá (párrafo 181): “La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares”. Es preciso, continúa la Sentencia, “salvaguardar los intereses de las minorías”, pero también “preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad”.

Como se recordará, el problema se planteó por la diferencia de trato que los niños gitanos recibieron durante un cierto periodo de tiempo en la República checa respecto de los niños no gitanos respecto de la escolarización, ya que un número muy elevado de niños gitanos eran ubicados en escuelas especiales para niños con discapacidades intelectuales. La Sentencia de Sala se había negado a conceder valor probatorio de la discriminación a los abrumadores datos estadísticos y por ello no llegó a considerar que se hubiera producido en el caso una discriminación indirecta o de impacto. La Sentencia de la Gran Sala imprime un giro copernicano, recordando que aunque la jurisprudencia del Tribunal “en el pasado” habían negado eficacia a las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes sobre discriminación (por sexo) el Tribunal se apoyó en las estadísticas para identificar una diferencia de trato de grupos (mujeres y hombres) en situaciones similares. Concretamente, en la Sentencia *Hoogendijk contra Holanda*, de 6 de enero de 2.005, afirmó que: “Cuando un demandante es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, la existencia de una indicación *prima facie* de que una regla específica (aún formulada de una manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo. Si la carga de probar que una diferencia de impacto entre hombres y

mujeres no es una práctica discriminatoria no correspondiera al Gobierno demandado, sería extremadamente difícil para los demandantes probar la discriminación indirecta”.

El Tribunal traslada esta metodología, punto por punto, desde el ámbito de la discriminación sexual al racial: Primero, la supuesta víctima de discriminación deberá aportar un principio de prueba, con la ayuda de estadísticas, de que existe una discriminación de impacto (o indirecta), esto es, una diferencia de trato entre dos grupos similarmente situados, a pesar de que el criterio de diferenciación no sea el racial, sino uno “neutro” (en este caso, serán las capacidades y necesidades educativas de los niños). No es necesario probar la existencia de una intención discriminadora por parte de la autoridad implicada. Segundo, esta alegación provocará una inversión de la carga de la prueba, de modo que no será quien alega la discriminación sino el Gobierno demandado el que intente demostrar que la diferenciación de trato (por el diverso impacto, insisto, no porque hay reglas distintas para cada grupo –en cuyo caso estaríamos en presencia de una discriminación de trato o directa) es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación racial. Tercero, el órgano judicial decidirá a la vista de los argumentos planteados.

### (1º) ¿Existe una diferencia de trato deducible por el distinto impacto de la medida impugnada?

La Sentencia constata, en primer lugar, que a consecuencia “de una historia turbulenta”, los gitanos se han convertido en un tipo específico de “minoría en desventaja y vulnerable” que “requiere una protección especial”, sobre todo respecto del derecho a la educación (reconocido en el art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio). Por eso este asunto merece “una atención especial”.

Pues bien, el Tribunal concede valor a los datos estadísticos que indican que el 56% de todos los niños en colegios especiales en Ostrava eran gitanos, aunque éstos sólo constituían el 2,26% del total de alumnos en escuelas primarias en Ostrava. Además, sólo el 1,8% de niños no gitanos estaban en las escuelas especiales, mientras que la proporción de niños gitanos ascendía al 50,3%. El Tribunal observa que el Gobierno checo no cuestionó estos datos y que no aportó otros distintos. Por otro lado, las estadísticas generales de todo el país confirmaban las de Ostrava: del total de alumnos en escuelas especiales, entre el 80 y el 90% eran gitanos. Esto muestra, a juicio del Tribunal, una imagen más general que lleva a concluir que, incluso aunque las cifras no fueran exactas, el número de niños gitanos en escuelas especiales era desproporcionadamente alto. En consecuencia, estos datos estadísticos pueden considerarse fiables y significativos para probar una fuerte presunción de existencia de discriminación indirecta.

### 2º) Inversión de la carga de la prueba. El Gobierno se defiende.

Ante dicha presunción de discriminación indirecta, debe ser el Gobierno checo el que demuestre que la diferencia de impacto de su sistema escolar entre niños gitanos y no gitanos no está relacionada con el origen étnico. O, expresado más técnicamente, que existe una “justificación objetiva y razonable”, esto es, que persigue un fin legítimo y que existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Cuando la diferencia de trato se basa en la raza, añade significativamente el Tribunal (incorporando el criterio de la interpretación judicial estricta), “la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada tan estrictamente como sea posible”.

Pues bien, el Gobierno checo justifica la diferencia de trato entre niños gitanos y no gitanos en la necesidad de adaptar el sistema educativo a la capacidad de los niños con necesidades educativas especiales. Y concreta la justificación de su política escolar en dos datos (que considera neutros y no discriminatorios por motivos raciales): (1º) Los niños eran ubicados en colegios especiales como resultado de su baja capacidad intelectual medida con la ayuda de pruebas psicológicas en centros de psicología escolar. (2º) La decisión final de derivar a los niños a los colegios especiales dependía del consentimiento de sus padres.

### 3º) Argumentación y conclusiones del Tribunal.

La Sentencia no va a considerar justificaciones objetivas y razonables a ninguna de las dos razones esgrimidas por el Gobierno (test psicológicos, consentimiento de los padres):

#### a) Las pruebas psicológicas.

El Tribunal acepta que el sistema de escuelas especiales (que más tarde, por cierto, fue abolido en Chequia, donde en la actualidad todos los niños están en escuelas ordinarias) estaba motivado por el deseo de encontrar una solución para los niños con necesidades educativas especiales. Sin embargo, comparte la inquietud, manifestada en el proceso por otras instituciones del Consejo de Europa sobre el pobre currículo que se seguía en tales escuelas y por la segregación que producía el sistema. Además, los test utilizados eran objeto de controversia científica y no tenían en cuenta las circunstancias específicas de los niños gitanos. El Tribunal concluye que, al menos, es deducible el peligro de que las pruebas psicológicas y sus resultados no fueran analizados a la luz de las circunstancias especiales de los niños gitanos. Y, por ello, no pueden servir como justificación de la diferencia de trato impugnada.

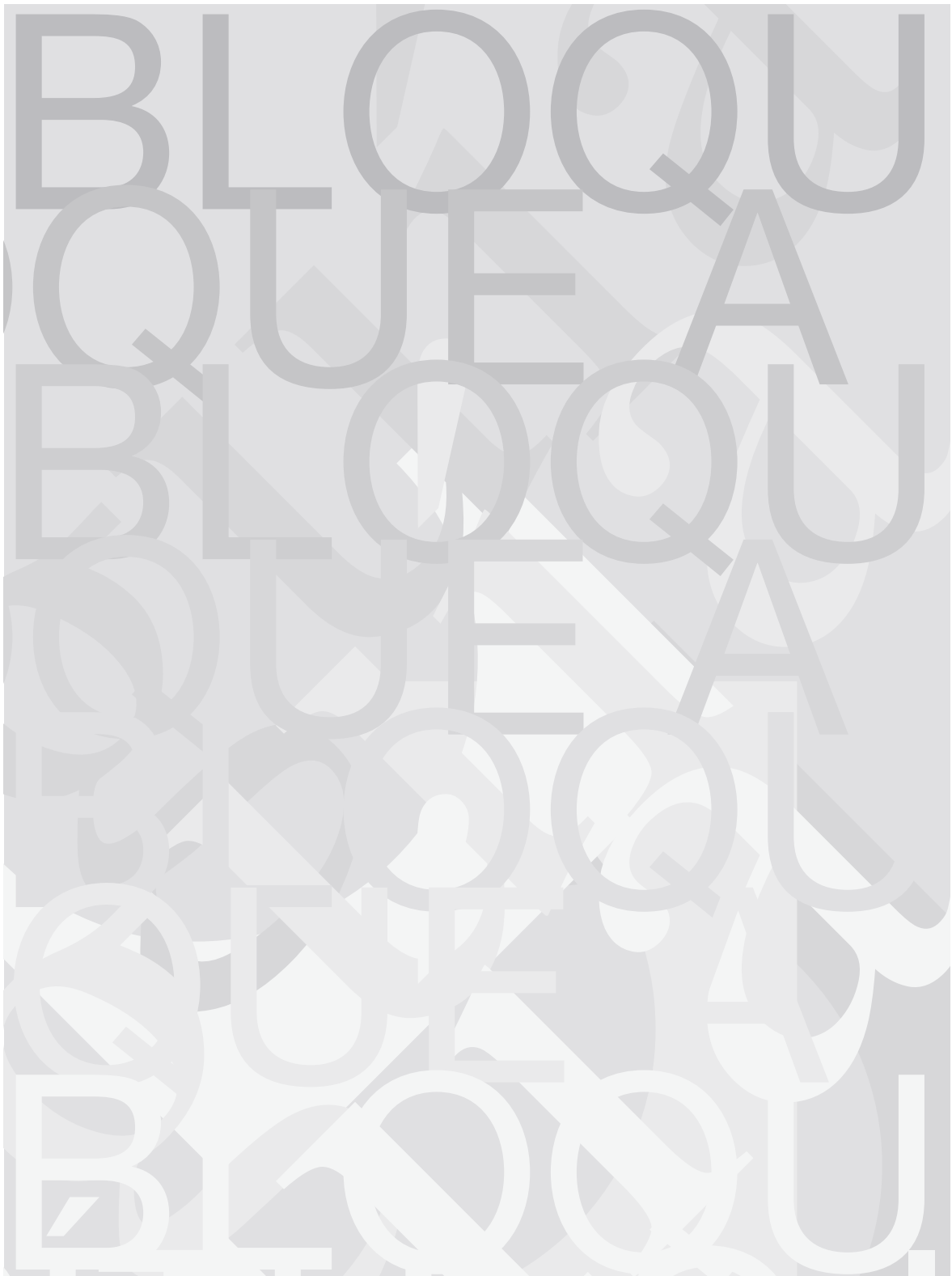
#### b) El consentimiento de los padres.

En las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que los padres de los niños gitanos, que eran miembros de una comunidad en desventaja y con pobre formación, fueran capaces de valorar adecuadamente todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. El Gobierno admite que tal consentimiento se prestaba mediante una firma en un impreso oficial que no aportaba información sobre alternativas o sobre las diferencias de currículo entre las escuelas ordinarias y las especiales. El voto discrepante del Juez español, J. Borrego, considera que esta tesis de la mayoría del Tribunal “es insultante” porque “juzga a los padres como incapaces de educar a sus hijos”. No puedo estar de acuerdo con esta objeción porque me parece manifiesta la falta de información que tenían los padres para tomar esa decisión y, sobre todo, como muy bien indica la propia Sentencia, porque los padres gitanos tenían ante sí el dilema de enviar a sus hijos a las escuelas ordinarias, que no estaban preparadas para incorporar las diferencias culturales y sociales de sus hijos, lo que con mucha probabilidad les condenaría inevitablemente al ostracismo, o de enviarles a las escuelas especiales donde se iban a encontrar con otros muchos niños gitanos.

El Tribunal concluye, pues, que ha habido una discriminación de impacto o indirecta, que provoca segregación y menos oportunidades para los niños gitanos. El sistema, tal como se aplicó en la práctica, tuvo un impacto desproporcionadamente perjudicial sobre la comunidad gitana y, en

consecuencia, violó la prohibición de discriminación racial del Convenio (art. 14) en relación con el derecho a recibir educación (art. 2 P.A. n. 1).

Creo, en fin, que se trata de una magnífica Sentencia y no tanto por su aplicación al conflicto concreto (los hechos enjuiciados son ya, de alguna manera, irreparables aunque se produzca una condena dineraria y el sistema escolar ha cambiado posteriormente en Chequia), cuanto por la doctrina general sobre discriminación racial que, por fin, incorpora el Tribunal de Estrasburgo y que, sin duda, será aplicada en casos futuros. Discriminar a los gitanos en Europa será a partir de ahora un poco más difícil. Estamos de enhorabuena.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### DE LA SEGUNDA PARTE:

Ciudadanía activa: asociacionismo de mujeres. 2003

Guía de Buenas Prácticas del Proyecto Roma EDEM. Luchando contra la Discriminación de los Gitanos/Traveller en la Educación y el Empleo

Informe Anual 2005 de la Fundación Secretariado Gitano

Marco Estratégico de Acción de la FSG en el Año Europeo de igualdad de Oportunidades

Memoria 2005 de la Fundación Mujeres.

Revista Española del Tercer Sector, nº 1, oct-dic 2005

### DE LA TERCERA PARTE:

Braidotti, Rosi et Alter: "Women, the Environment and Sustainable Development. Towards a Theoretical Synthesis". 1994

Diagnostico de situación del voluntariado en España. Plan estatal del Voluntariado 2005-2009. Ministerio de Trabajo

EMAKUNDE : Análisis del Género en los Presupuestos Públicos . Departamento de Sanidad, 2003

García Campá, et ater: ¿Son machistas las ONG? Primer avance de una investigación socio-jurídica. [www.gts.uji.es/docs/las\\_palmas.pdf](http://www.gts.uji.es/docs/las_palmas.pdf)

García Delgado, José Luis director): Las Cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España. Fundación ONCE, 2004.

Instituto de Estudios Fiscales: Empleo, Salarios y Pensiones en las Fuentes Tributarias 1996. Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1999

Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática (INEGI): Mujeres y Hombres 2002. México 2002. Pág 315

José I. Ruiz Olabuénaga (dir): El Sector No lucrativo en España. Fundación BBV

Lester M Salamon et al.: "La Sociedad Civil Global. Las dimensiones del sector no lucrativo. Fundación BBV, 2001

Marbán Gallego, V. y Rodríguez Cabrero, G.: "El voluntariado: prácticas sociales e impactos económicos", en Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales. Nº 1, 2001

Molyneux, Maxine: Perspectivas comparativas sobre género y ciudadanía en Paloma de Villota (Ed.) "Globalización a qué precio. El impacto en las mujeres del Norte y del Sur. Editorial Icaria, Barcelona 2001

Penelas, A. y Cuesta, P.: "La prestación de servicios por las Organizaciones no lucrativas en España". Distribución y Consumo nº 34 (junio-julio 2001). [http://www.mercasa.es/es/publicaciones/pdfs/dyc\\_58/034\\_presta\\_servicios.pdf](http://www.mercasa.es/es/publicaciones/pdfs/dyc_58/034_presta_servicios.pdf)

Pérez Díaz, Víctor y López Novoe, Joaquín Pedro: El tercer Sector. Un análisis de su problemática general y de su realidad en Galicia. Caixa Galicia, 2005

PNUD: Informe sobre desarrollo humano, 1995. Nueva York, 1995

UNIFEM: El progreso de las mujeres en el mundo. Nueva York, 2000,

Villota, Paloma (ed) Globalización y Desigualdad de género. Editorial Síntesis, 2004.

Villota, Paloma: Situación socioeconómica de las mujeres en la Comunidad de Madrid. Análisis de la desigualdad de género en España, 2000.

