
**LEGISLACIÓN SOBRE EL ACCESO Y PROMOCIÓN
DE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN
PÚBLICA ESPAÑOLA**

Junio de 2003

EUR  DOXA

C/ Punta Umbría nº 2 Urb. Bonanza, Boadilla del Monte 28660 -Madrid-
Teléfono: 91-633 08 12 Fax: 91- 633 23 56 E-Mail: eurodoxa@teleline.es

**LEGISLACIÓN SOBRE EL ACCESO Y PROMOCIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	3
1. Incidencia de la normativa comunitaria, prestando especial atención a la introducción de medidas de discriminación positiva a favor de la mujer en la Función Pública.	13
1.1. Disposiciones comunitarias.	13
1.1.1. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.	13
1.1.2. Directivas Comunitarias.	14
1.2. Las medidas de acción positiva.	18
2. Legislación estatal.	21
2.1. Antecedentes legislativos en nuestro ordenamiento.	21
2.2. Legislación actual.	22
2.2.1. Normativa aplicable al personal funcionario.	22
2.2.2. Disposiciones aplicables al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado.	28
2.2.3. Normativa específica de acceso a la profesión militar.	29
2.3. Legislación autonómica en materia de función pública.	30
2.4. Personal al servicio de las Entidades Locales.	33
3. Jurisprudencia comunitaria y española sobre el acceso y promoción de la mujer en el mercado de trabajo.	35
3.1. Jurisprudencia comunitaria.	35
3.1.1. Jurisprudencia sobre igualdad de retribución.	36
3.1.2. Jurisprudencia sobre la prohibición de despido de trabajadores durante el embarazo o el permiso posterior de maternidad o paternidad.	37
3.1.3. Jurisprudencia sobre exclusión de la mujer de determinados trabajos u ocupaciones.	38
3.1.4. Jurisprudencia sobre determinadas ventajas concedidas sólo a las mujeres.	38
3.1.5. Jurisprudencia sobre algunos aspectos relativos al acceso y la promoción de las mujeres en el mercado laboral.	39
3.1.6. Jurisprudencia sobre las medidas de preferencia a favor de las mujeres.	40
3.2. Jurisprudencia de los Tribunales españoles.	45
4. Discapacidad y Administración Pública.	53
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	57

LEGISLACIÓN SOBRE EL ACCESO Y PROMOCIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

INTRODUCCIÓN

Para realizar el análisis de la situación legal de la mujer en el ámbito de la función pública española es necesario estudiar no solamente la legislación nacional, sino que habrá que partir del conocimiento de la normativa comunitaria al respecto, ya que, según se verá, tiene un carácter más avanzado en esta materia, de forma que gran parte de las disposiciones que se han dictado en nuestro país últimamente son la transposición de la legislación comunitaria.

Por otra parte, no debe olvidarse que el Derecho Comunitario es de aplicación en España por lo que resulta imprescindible su conocimiento. En este sentido, en relación con la aplicación del Cuarto Programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000), la Comisión presentó el 17 de diciembre de 1998 un Informe en que se señalaba que el ejercicio del derecho a la igualdad era objeto de una legislación comunitaria, sin embargo, se observaba una falta de información sobre este aspecto, instándose a que se adoptaran proyectos para mejorar la información y aumentar la sensibilización de las mujeres y, en particular de los profesionales del derecho, sobre este tema.

Siguiendo esta línea, el Quinto Programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005) establece como acciones:

-La sensibilización, principalmente resaltando la dimensión comunitaria de la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres.

-La supervisión de la aplicación y ejecución de la legislación comunitaria en materia de igualdad mediante la evaluación de la legislación y la práctica con el fin de evaluar su impacto y eficacia.

Como se estudiará más detenidamente, la disposición comunitaria fundamental en lo que respecta a la igualdad entre hombres y mujeres está constituida por la *Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*. Esta Directiva ha sido recientemente modificada por la **Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002**, introduciendo algunas novedades que se irán apuntando a lo largo de este estudio, si bien debe adelantarse desde un principio que esta norma no ha resultado todo lo progresiva que podría haber sido teniendo en cuenta la experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la Directiva 76/207/CEE y los distintos problemas que han ido surgiendo en su aplicación.

Respecto a la aplicación de estas normas a la Función Pública, si bien en un principio se plantearon dudas sobre ello, la jurisprudencia estableció claramente que debían tenerse en cuenta en todos los ámbitos, de forma que la modificación de 2002 ha dispuesto en su artículo 3 que “la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos”.

El estudio de las disposiciones y de la jurisprudencia comunitarias permitirá comprobar que la lucha por la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso y promoción en el mercado laboral es un objetivo planteado por la Unión Europea prácticamente desde la constitución de las Comunidades Europeas, partiéndose del objetivo de la igualdad retributiva, que se ha ido ampliando sucesivamente hasta intentar una igualdad efectiva en todos los ámbitos en que se aprecia en la práctica una discriminación basada en el sexo y que está determinada por múltiples factores, tanto físicos como fundamentalmente sociales y culturales, que dificultan a las mujeres su plena inserción en el mercado laboral y, de manera más concreta, en el sector público.

Como podrá apreciarse, aunque los avances han sido considerables, siguen existiendo muchos obstáculos que están aún lejos de desaparecer. De hecho, la adopción de medidas positivas que establezcan preferencias a favor de las mujeres se han topado con una jurisprudencia en principio restrictiva que ha ido abriendo las puertas, si bien no ha interpretado de manera clara el objetivo perseguido mediante la introducción en el propio Tratado de la Unión del apartado 4 del artículo 141, de acuerdo con el cual: "Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

Tampoco la citada modificación del año 2002 de la Directiva 76/207/CEE ha desarrollado las posibilidades abiertas por este nuevo apartado introducido por el Tratado de Amsterdam en 1999, por lo que puede calificarse como de oportunidad perdida.

El estudio en el ámbito comunitario servirá para comprobar cómo la legislación española, tanto estatal como autonómica y local, está tratando de adecuar sus normas a las disposiciones comunitarias que se han ido dictando, poniendo particular énfasis en los últimos tiempos en las medidas que tratan de conciliar la vida familiar con la laboral, de forma que se eliminen los obstáculos que impiden a las mujeres el acceso y la promoción en la vida laboral sobre todo en relación con los aspectos del embarazo y la maternidad. En este sentido se han producido modificaciones básicamente mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, encaminadas a mejorar los permisos por maternidad o lactancia, entre otros aspectos. Igualmente debe destacarse que también se ha producido la inclusión en nuestro ordenamiento de una prohibición que ha de entenderse fundamental a la hora de proteger a las mujeres como es la prohibición de despido durante el embarazo y el permiso de maternidad.

También en alguna Comunidad Autónoma se han dictado normas similares relativas a la conciliación de la vida familiar y laboral. No obstante merece destacarse que ha sido en el ámbito autonómico donde se han adoptado medidas para paliar la desigualdad en lo que se refiere a los puestos de responsabilidad, concretamente en cuanto a la representación de hombres y mujeres en las listas electorales mediante las llamadas leyes de paridad, las cuales han sido no obstante impugnadas ante el Tribunal Constitucional, habiéndose suspendido su aplicación por decisión del mismo hasta que se decida sobre el fondo del asunto.

Salvo esta cuestión, se podrá comprobar que la legislación autonómica y local no ha introducido en sus normas aspectos que se refieran específicamente a la promoción y acceso de las mujeres en la vida laboral en general y en la Función Pública en particular.

El amplísimo estudio de la jurisprudencia comunitaria servirá para comprobar los variados aspectos que se han abordado por el TJCE en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, pudiendo señalarse entre ellos la igualdad de retribución, la prohibición de despido de los trabajadores durante el embarazo o el permiso posterior de maternidad o paternidad, la exclusión de la mujer de determinados trabajos u ocupaciones, las ventajas concedidas sólo a las mujeres, algunos aspectos relativos al acceso y promoción de las mujeres en el mercado laboral y, finalmente, las medidas de preferencia a favor de las mujeres, punto éste sobre el que se hace particular hincapié por considerarse que se trata del principal sistema para lograr una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, ya que es necesario adoptar medidas que contrarresten la tradicional y real desigualdad existente, no siendo suficiente con la eliminación de obstáculos.

En relación con la jurisprudencia comunitaria, es importante destacar que la mayoría de los pronunciamientos que se citan hacen referencia a situaciones planteadas en el ámbito de la Función Pública, mientras que, los que demás son igualmente aplicables en la medida en que interpretan Directivas comunitarias que son aplicables tanto al sector público como al privado.

Por su parte, del estudio de la jurisprudencia nacional, básicamente del Tribunal Constitucional, se desprende que se han dictado pronunciamientos en concordancia con la jurisprudencia comunitaria, como no podía ser de otra forma, muchos de ellos relativos a casos de despido nulos por discriminación por razón de sexo. Ante la falta de adopción de medidas positivas que impliquen el establecimiento de preferencias a favor de las mujeres, nuestro Alto Tribunal no ha podido pronunciarse sobre la validez de las mismas.

Antes de concluir esta introducción, conviene citar la existencia de numerosos planes que tratan de fomentar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres mediante la eliminación de obstáculos que tradicionalmente han perjudicado a las mujeres y asimismo mediante la adopción de campañas informativas que sirvan para cambiar la tradicional distribución de roles impuesta socialmente, de manera que la igualdad entre hombres y mujeres se convierta en una realidad en todos los ámbitos de la vida: laboral, social, cultural, familiar, etc.

Estos planes se han aprobado tanto en el ámbito estatal como en las distintas Comunidades Autónomas como en diversas Entidades Locales.

Por su particular actualidad y carácter general, merece destacarse el IV Plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (2003-2006) aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de marzo de 2003.

Este Plan tiene por objeto desarrollar con mayor amplitud los objetivos y medidas que ya se venían aplicando y merece la pena destacar desde el principio algunos de los aspectos del mismo, dado su interés a efectos de comprender los diversos ámbitos y aspectos en que se ha intervenido y sobre los que se pretende seguir incidiendo. El contenido de este Plan sirve de pauta para comprender asimismo la evolución del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia en relación con el principio de igualdad entre hombres y mujeres y los significativos ámbitos en que es necesario una apuesta más decidida para lograr la efectiva igualdad.

De acuerdo con este Plan, su puesta en marcha se inspirará en dos principios fundamentales:

- El de "mainstreaming", que consiste en promover la defensa y garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las actividades y políticas, a todos los niveles, y evaluando sus posibles efectos.

- El de cooperación, lo más estrecha posible, entre todos los agentes implicados en la defensa y garantía de la igualdad de oportunidades: Administraciones Públicas, agentes sociales, ONG's y sociedad, en general.

Dentro de este IV Plan merecen destacarse por su particular incidencia en el acceso y promoción de la mujer en el ámbito de la Función Pública, los siguientes aspectos:

1. Introducción de la perspectiva de género en las políticas públicas:

Para ello, se llevaran a cabo, entre otras muchas, las siguientes iniciativas:

- Mejorar las estadísticas oficiales, de manera que permitan analizar los datos a un nivel de desagregación lo más detallado posible, según la variable sexo.

- Impulsar el reconocimiento oficial del título profesional de agentes de igualdad.

- Actuaciones concretas dirigidas a introducir la perspectiva de género en sectores específicos de la actuación administrativa, como pueden ser los Presupuestos Generales del Estado, los Comités de Seguimiento de los Fondos Estructurales de la Unión Europea o la actuación del Defensor del Pueblo.

2. Participación en la toma de decisiones:

Entre los objetivos se encuentran:

- Impulsar acciones positivas que equilibren la participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas.

- Desarrollar acciones que garanticen la igualdad de acceso y plena participación de las mujeres en las estructuras de poder y toma de decisiones en todos los ámbitos sociales, económicos y culturales.

- Fomentar la promoción profesional de las Mujeres en las Administraciones Públicas.

Las iniciativas más destacadas que se contemplan en esta área son, entre otras, las siguientes:

- Investigar sobre las causas que impiden o dificultan el acceso de las mujeres a puestos de decisión en los distintos ámbitos.

- Impulsar la participación equilibrada de mujeres y hombres en todos los comités y grupos de personas expertas creados por la Administración General del Estado.

- Impulsar la carrera docente de las mujeres en la universidad mediante ayudas para la realización de trabajos de investigación.

- Promover que los agentes sociales y económicos fomenten una mayor participación de las mujeres en sus organizaciones y en sus órganos de decisión.

- Fomentar una participación igualitaria de mujeres y hombres en la elaboración de las plataformas de negociación y en las mesas negociadoras de convenios colectivos.

- Impulsar la presencia equilibrada de ambos sexos en los tribunales de selección y promoción de la Administración, incluidos los referentes a la docencia.

3. Promoción de la calidad de vida de las mujeres:

Entre las medidas incluidas en esta área, podemos destacar:

- Suprimir el requisito de acreditar un período mínimo de cotización para generar el derecho a la prestación por maternidad durante el período obligatorio de descanso para la madre. Es decir, en la actualidad, para obtener la prestación por maternidad, se exige como requisito estar de alta en la Seguridad Social y haber cotizado, al menos, 180 días en los cinco años anteriores a ser madre. A partir de la puesta en marcha de esta iniciativa, se extiende la prestación por maternidad a más mujeres trabajadoras, ya que se eliminaría el requisito de la cotización mínima de 180 días, lo que daría derecho a esa mujer a una prestación por maternidad durante el período de descanso obligatorio para la madre (seis semanas).

- Extender la protección prevista para el supuesto de riesgo durante el embarazo al período de lactancia natural.

- Fomento de la igualdad en la vida civil: uno de los objetivos en este ámbito consiste en proceder al seguimiento y difusión de la legislación y jurisprudencia nacional y europea, en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

4. Conciliación de la vida familiar y laboral:

La creciente incorporación de las mujeres al mercado laboral hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones surgidas, y un nuevo modo de cooperación entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Por eso, entre los objetivos fundamentales de esta área del Plan, figuran los siguientes:

- Seguir impulsando cambios normativos que faciliten la compatibilidad de la vida laboral y familiar y realizar un seguimiento de resultados de las medidas legislativas ya implantadas.

- Seguir impulsando otras medidas que faciliten la conciliación de vida laboral y familiar.

Las iniciativas más destacadas contempladas en esta área del IV Plan de Igualdad de Oportunidades son las siguientes:

- Incentivar a las empresas que establezcan planes de acción que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral.

- Promover que el acceso de trabajadoras y trabajadores a la formación continua se realice, parcialmente, en horario laboral.

- Incrementar las plazas de escuelas o centros de educación infantil para la atención de menores de 0 a 3 años.

- Fomentar la creación de guarderías por las propias empresas, procurando que se establezcan en los entornos más próximos a los centros de trabajo.

- Aumentar los servicios de atención a las personas dependientes.

Como puede apreciarse, la lectura de los objetivos y medidas previstos en este IV Plan sirve para comprobar cuáles son los aspectos en los que se considera que debe seguir incidiéndose. Los apartados que se detallan a continuación tratan de explicar los puntos en que se ha actuado hasta la fecha, pudiendo adelantarse que el IV Plan tiene por objeto un mayor desarrollo y aplicación de los aspectos en que hasta ahora se venía interviniendo, según se podrá comprobar al comparar lo recogido de dicho Plan con las medidas ya adoptadas.

Merece la pena destacar que el Plan reconoce la importancia del conocimiento y difusión de la legislación y jurisprudencia sobre la materia, a lo que intentan contribuir de algún modo los apartados que se desarrollan a continuación.

En cualquier caso, la aplicación efectiva del IV Plan indicado dependerá en gran medida, en lo que se refiere al acceso y promoción de las mujeres en la Función Pública, a la adopción de medidas concretas que opten de manera decidida por el objetivo de evitar la discriminación real que sigue existiendo. Por ello, no puede dejar de señalarse que parecen estar ausentes las medidas que otorguen preferencias a favor de las mujeres, si bien nada se excluye en principio a la hora de cumplir los ambiciosos objetivos.

1. Incidencia de la normativa comunitaria, prestando especial atención a la introducción de medidas de discriminación positiva a favor de la mujer en la Función Pública.

El extenso desarrollo de este apartado obedece a que, como se podrá apreciar más adelante, es en el ámbito comunitario donde se ha producido un mayor impulso a la aplicación efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Así pues, teniendo en cuenta la importancia de las disposiciones comunitarias sobre este tema y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), resulta necesario un estudio más detallado de la legislación comunitaria para después examinar su aplicación en España, así como un análisis de la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional.

1.1. Disposiciones comunitarias.

1.1.1. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

El artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establecía: "Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo"¹.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, el artículo 3.2 del Tratado dispone que "en todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad", y el artículo 13 establece que "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".

¹ Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la redacción de este artículo es la siguiente: "Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor".

Por su parte, el artículo 141 (que sustituye al antiguo 119), incorpora en su apartado 4 lo siguiente: "Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

Como puede apreciarse, este precepto parece implicar un paso adelante respecto a las declaraciones de principios. En este sentido, la declaración nº 28 sobre este apartado anexa al Tratado de Amsterdam prevé que "al adoptar las medidas mencionadas en este apartado, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral". Más adelante se estudiarán los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a las legislaciones de los Estados miembros en que se han adoptado medidas para favorecer la contratación o promoción laboral de las mujeres.

1.1.2. Directivas Comunitarias.

La norma básica en el ámbito comunitario está constituida por la **Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.**

Esta Directiva ha sido modificada recientemente por la **Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002²**, introduciendo algunas novedades que se irán apuntando a lo largo de este estudio, si bien debe adelantarse desde un principio que esta norma no ha resultado todo lo progresiva que podría haber sido teniendo en cuenta la

² Los Estados miembros deben poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005.

experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la Directiva 76/207/CEE y los distintos problemas que han ido surgiendo en su aplicación.³

El nuevo artículo 1bis dispone que "los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1". De esta forma, parece evidente el interés en que se adopten medidas activas para que el principio de igualdad se convierta en una realidad, pudiendo considerarse este precepto como una declaración de intenciones.

De acuerdo con los apartados 1 y 2 de su artículo 2:

"1. El principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar".

2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- "Discriminación directa": la 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.

- "Discriminación indirecta": la situación en 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."

³ La citada modificación ha incluido preceptos relativos al acoso y al acoso sexual, aspectos que no van a ser objeto de análisis por exceder las pretensiones de este estudio, si bien debe destacarse que se trata de un avance muy importante para la protección de la mujer en el trabajo.

Además, el artículo 3 establece en su primer apartado:

“La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) Las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción.
- b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica.
- c) Las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE.
- d) La afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Complementando la Directiva 76/207, se dictó la **Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.**

Junto a estas Directivas, se han ido dictando otras que inciden en aspectos concretos que suponen de hecho una discriminación de las mujeres en el momento del acceso a un empleo o en la promoción de la vida laboral, fundamentalmente en lo relativo a la incidencia del embarazo y la maternidad.

Así, por ejemplo, la **Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992**, contenía medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Estas medidas se refieren a ciertas prohibiciones de exposición, al trabajo nocturno, al permiso de maternidad, a permisos para exámenes prenatales, debiendo hacerse hincapié en la llamada prohibición de despido, de acuerdo con la cual "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo".

La **Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, CEEP y CES** tiene por objetivo facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan, estableciendo que se conceda a los trabajadores o trabajadoras por motivo de nacimiento o adopción de un hijo un permiso durante un mínimo de tres meses.

Por otra parte, la **Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo**, determinó en su artículo 4 que "los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato".

En relación con la protección jurisdiccional del principio de igualdad de trato, la Directiva 2002/73/CEE ha supuesto un avance, incluyendo un artículo 6 mucho más desarrollado que exige a los Estados miembros la existencia de procedimientos jurisdiccionales y/o administrativos para la defensa de las personas perjudicadas por la

no aplicación del principio de igualdad, "incluso tras la terminación de la relación en que supuestamente se ha producido la discriminación." También establece que "los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido.

Por otro lado, con el fin de asegurar una protección más eficaz en caso de discriminación, se prevé en ese mismo artículo que "los Estados miembros velarán 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 o en apoyo del demandante, y con su autorización, *cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.

1.2. Las medidas de acción positiva.

Junto a la formulación del principio de igualdad, los órganos comunitarios no han dejado de mencionar la situación fáctica de desigualdad entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso al trabajo y a la promoción profesional. De esta forma, conscientes de que no era suficiente con la declaración del principio, la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer, señalaba en su tercer considerando que "las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad".

Con referencia específica al citado artículo 2 de la Directiva 76/207, el Consejo recomendó a los Estados miembros:

1. "Que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de:

a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad;

b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos".

Conforme a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93 Kalanke, por medida de acción positiva debe entenderse aquella "destinada a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados".

Las medidas de acción positiva pueden clasificarse en tres grupos, según la misma Comunicación:

1. Las encaminadas a resolver situaciones desfavorables para las mujeres en el mercado de trabajo, centradas en la orientación y en la formación profesional.

2. Las dirigidas a conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales

s y una mejor distribución de las tareas entre los dos sexos, que consisten sobre todo en la organización del tiempo de trabajo, creación de guarderías infantiles, etc.

3. Las que pretenden compensar las discriminaciones del pasado, que implican establecer preferencias para el grupo desfavorecido, generalmente fijando objetivos o recurriendo al sistema de cuotas. Las cuotas pueden ser rígidas, sentando la preferencia para un grupo con independencia de los méritos o capacitación de las personas, o flexibles, en las que estas circunstancias son tomadas en consideración conectándolas con las peculiaridades del puesto de trabajo.

Como puede apreciarse, mientras las medidas de los dos primeros grupos van más dirigidas a eliminar obstáculos que impiden o dificultan el acceso y la promoción de las mujeres en el mercado laboral o a fomentar la formación, las del tercer grupo implican una acción más decidida tendente a eliminar la situación fáctica de discriminación mediante el establecimiento de preferencias a favor de las mujeres por lo que han sido objeto de mayores controversias que más adelante se analizarán.

En relación con estas medidas, la Directiva 2002/73 se ha limitado a introducir en el artículo 2 el apartado 8, de acuerdo con el cual:

"Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres".

Desgraciadamente, esta referencia no añade nada a lo que ya estaba establecido, por lo que la modificación operada en la Directiva 76/207 en lo que se refiere a este aspecto tan importante no va a servir para impulsar directamente la adopción de estas medidas, máxime teniendo en cuenta que este artículo utiliza la expresión "podrán mantener o adoptar", por lo que no obliga a los Estados en ningún

sentido concreto. Más adelante se realizarán más comentarios sobre la oportunidad perdida por esta modificación.

Respecto a las medidas de acción positiva, que como puede apreciarse son uno de los medios más eficaces para obtener la efectiva igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso y promoción en el mercado laboral, se procederá a analizar su aplicación en la legislación española, tanto estatal como autonómica, y se podrá comprobar que se han adoptado principalmente en lo que concierne a los dos primeros grupos, existiendo algunos incentivos que podrían encuadrarse en el tercero de ellos. Posteriormente se estudiará la jurisprudencia comunitaria en relación con los tres grupos de medidas, haciendo especial incidencia en las sentencias referidas al tercero de ellos.

2. Legislación estatal.

2.1. Antecedentes legislativos en nuestro ordenamiento.

El Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprobó el Texto Articulado de la ley de Funcionarios Civiles del Estado (Ley 109/1963), recogía los requisitos para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración, señalando en el artículo 30.2 que "la mujer puede participar en las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública, conforme a la Ley 56/1961, de 22 de julio, de derechos políticos, profesionales y de trabajo".

La mencionada Ley de 1961 planteaba de forma taxativa el principio de no discriminación por razón de sexo, señalándose en su exposición de motivos que el sexo por sí solo no puede implicar una limitación, en el mismo sentido de lo manifestado en la Ley de 24 de abril de 1958, de modificación del Código Civil (el sexo no puede determinar en el campo del derecho Civil una diferencia de trato que se traduzca de algún modo en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas).

Pese a estos principios generales contenidos en la citada legislación, se mantenía una posición claramente discriminatoria, tal y como se pone de

manifiesto en el preámbulo de la tan repetida Ley de 1961, al señalarse que las limitaciones que se establecen al principio general están basadas en “hechos o circunstancias naturales de tan fácil y obvia comprensión que resulta redundante o inútil su justificación en detalle [...] sin otra cortapisa que la derivada de la existencia de trabajos que exigen esfuerzos desmesurados...”⁴.

Respecto a la mujer casada, se establecía asimismo una notable discriminación para su ingreso en la función pública basada en la <<potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido>>, posición concordante con la establecida en la modificación del Código Civil de 1958 a la que antes hacíamos referencia, que recogía la necesaria autorización marital.

2.2. Legislación actual.

2.2.1 Normativa aplicable al personal funcionario.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, la situación ha cambiado radicalmente respecto a la legislación anterior.

De acuerdo con su artículo 103.3: “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

En relación con el acceso de la mujer, este precepto debe ponerse en conexión con el artículo 23.2, según el cual “los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las condiciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”, y sobre todo con el artículo 14 que declara que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de [...] sexo [...] o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En desarrollo del artículo 103.3 citado, el estatuto de los funcionarios públicos aparece regulado por los preceptos vigentes de la citada **Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964**,

⁴ La Ley de 1961 exceptuaba, siguiendo el criterio mencionado, las Fuerzas Armadas, los Institutos Armados, la Judicatura (precepto derogado en 1966), y la Marina Mercante.

de 7 de febrero, y fundamentalmente por la **Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública**.

Esta Ley 30/1984 fue dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, según el cual “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas”, por lo que gran parte de su contenido tiene el carácter de básico y se aplica a todos los funcionarios de las Administraciones estatal, autonómica y local.

La Ley contiene en su capítulo IV las “Normas para objetivar la selección de personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios”, siendo la práctica totalidad de carácter básico. En los preceptos contenidos en este capítulo se establece como sistemas de selección (art. 19) el concurso, la oposición y el concurso-oposición libre, determinando que se garantizarán “en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Para la provisión de puestos de trabajo se acudirá como procedimientos (art. 20) al concurso y a la libre designación. En cuanto a la promoción profesional, el artículo 21 hace referencia al grado personal y a la garantía del nivel del puesto de trabajo, mientras el artículo 22 contiene los preceptos sobre el fomento de la promoción interna.

Estos artículos han sido objeto de desarrollo reglamentario en el ámbito estatal, debiendo destacarse fundamentalmente los siguientes Reales Decretos:

-Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de la Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción profesional.

-Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

Tanto el Capítulo IV de la Ley 30/1984, como el primero de los Reales Decretos mencionados, no hacen ninguna referencia específica ni al acceso a la Función Pública ni a la promoción profesional de las mujeres, por lo que sólo cabe aplicar los principios básicos citados de igualdad, mérito y capacidad.

Los aspectos tratados por la Ley y el segundo de los Reglamentos tienen relación con la situación de las mujeres en lo que se refiere, por ejemplo a la excedencia para el cuidado de familiares (art. 29) o el permiso por maternidad y paternidad (art. 30).

Ambos artículos han sido modificados por la **Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras**, la cual ha introducido además en la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado una nueva "licencia por riesgo durante el embarazo". En realidad esta Ley ha venido a completar la transposición de las Directivas comunitarias a que se ha hecho referencia en un apartado anterior, fundamentalmente las Directivas del Consejo 92/85/CEE y 96/34/CE. En este sentido, la exposición de motivos señala que: "La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada". Igualmente, en concordancia con la Directiva 92/85/CEE, se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad, o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación".

También se prevén en esta Ley reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, siempre que se contrate interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, con objeto de que no recaigan sobre los empresarios los costes sociales de estos permisos, lo que podría acarrear consecuencias negativas en el acceso al empleo, especialmente de la población femenina⁵.

⁵ En lo que se refiere a este aspecto, ya se había dictado con anterioridad el Real Decreto-Ley 11/1998, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

Así pues, se trata de medidas que podrían incluirse en el primer y segundo grupos de medidas de acción positiva antes mencionado, debiendo indicarse, no obstante, que la transposición de las Directivas se ha hecho en algún caso con mucho retraso respecto a lo que las mismas establecían. No obstante, respecto a algunos de los artículos de las Directivas mencionadas, por ejemplo el 10 de la Directiva 92/85/CEE que establece la prohibición de despido durante el embarazo y permiso de paternidad o maternidad, el TJCE ha considerado que producen efecto directo y por tanto, aunque un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confieren a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

Por otra parte, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha venido a modificar el artículo 30 de la Ley 30/1984 introduciendo dos aspectos que afectan a la protección de las mujeres.

En primer lugar se recoge el permiso para exámenes prenatales y así se dispone en la nueva letra e) que “las funcionarias embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo”. Este precepto no hace sino transponer a nuestro ordenamiento un derecho que se recogía ya en la Directiva 92/85/CEE.

En segundo lugar, se ha modificado lo relativo al permiso de lactancia, disponiéndose en la nueva letra f) del artículo 30 que “la funcionaria, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por el padre o la madre, en el caso de que ambos trabajen”. Aparte del aumento operado por esta modificación en cuanto a la reducción de la jornada –que antes era de media hora-, la principal novedad es la posibilidad de que el derecho sea ejercido por el padre o la madre.

En relación con el tercer grupo de medidas de acción positiva, es decir las que implican establecer preferencias a favor de las mujeres, no se han dictado en España normas que establezcan por ejemplo el sistema de cuotas flexibles, al que nos referiremos cuando examinemos la jurisprudencia comunitaria al respecto. El único tipo de medidas adoptadas que en cierto modo podrían incluirse en este de este grupo y que no tienen incidencia en el personal funcionario de las Administraciones Públicas, se recogen por ejemplo en la **Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo**. Así, en su artículo 3 se determinan los incentivos para desempleados, disponiendo un porcentaje mayor de bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes “cuando dicha contratación afecte a mujeres para prestar servicios en profesiones u oficios en los que el colectivo femenino se hallare subrepresentado”. En este sentido, la Orden de 16 de septiembre de 1998 ha establecido la relación de profesiones u oficios en los que la mujer está subrepresentada.

Asimismo, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispone en su art. 47 los colectivos cuya contratación origina derecho a las bonificaciones del programa de fomento del empleo para el año 2003, incluyendo a las mujeres desempleadas, entre dieciséis y cuarenta y cinco años; las mujeres desempleadas, cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino y mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto.

En cualquier caso, estas medidas son incentivos que supone un trato más favorable para la contratación de mujeres, pero no incluyen objetivos concretos ni cuotas, por lo que su efectividad no puede estar garantizada, quedando al interés de los empresarios el que se contrate realmente a mujeres pertenecientes a profesiones u oficios en que están subrepresentadas. Por ello, sería más beneficiosa la adopción de normas parecidas a las de otros países europeos en que se establecen mayores preferencias y que se estudian más adelante. Estas medidas parecen además más fáciles de establecer y cumplir en las Administraciones Públicas, ya que en ellas rige el principio de publicidad y resulta más factible el control de su eficacia, mientras que en el ámbito privado resulta más complicado al intervenir multitud de empleadores.

En referencia al asunto de la incorporación de la mujer a los puestos de decisión, hay que indicar que no se han adoptado en el ámbito estatal medidas dirigidas a paliar la escasa representación de las mujeres en los puestos de decisión. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, algunas de ellas han dictado normas de paridad a las que se hace mención en el apartado correspondiente a las mismas y que obligan a establecer un número determinado de mujeres en las listas electorales, si bien el Gobierno ha recurrido dichas leyes ante el Tribunal Constitucional por considerar que se han invadido las competencias del Estado y el Tribunal ha suspendido su aplicación hasta que resuelva sobre el asunto.

Por último debe hacerse mención del IV Plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (2003-2006) aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de marzo de 2003, que trata de definir los objetivos y medidas que han de adoptarse para conseguir una mayor implantación del principio de igualdad entre hombres y mujeres. El desarrollo de este Plan ha quedado reflejado en la introducción de este apartado, pudiéndose comprobar, según se indicaba, que el mismo tiene por objeto desarrollar con mayor amplitud los objetivos y medidas que ya se venían aplicando.

2.2.2. Disposiciones aplicables al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado.

Por lo que respecta específicamente al personal laboral de la Administración, también la citada **Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras** ha introducido en la legislación laboral las modificaciones impuestas por la legislación comunitaria, regulándose por tanto los mismos permisos y excedencias, así como la prohibición de despido durante el embarazo y el posterior permiso de maternidad o paternidad.

Por Resolución de 24 de noviembre de 1998, de la Dirección General de Trabajo, se publica el Convenio Colectivo único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, con aplicación al personal de esta categoría que presta sus servicios en la Administración general del Estado y sus organismos autónomos, en la Administración de Justicia, en la de la Seguridad Social (incluido el INSALUD), Consejo de Seguridad Nuclear y Agencia de Protección de Datos.

Este Convenio prevé la creación de una Comisión para la Igualdad de Oportunidades⁶, cuyo principal cometido será velar por evitar la discriminación por cualquier motivo (incluido el sexo) dentro de la Administración. Para ello, controlará, vigilará y podrá elevar propuestas de modificación de las circunstancias discriminatorias al órgano pertinente para la corrección de las mismas.

Dentro de este Convenio se establece también un principio general de movilidad funcional para protección a la maternidad, al objeto de garantizar la protección efectiva de la madre y el feto durante el embarazo frente a las condiciones nocivas para su salud, adaptación del tiempo o turno de trabajo o, en su caso, al cambio temporal de puesto de trabajo o de funciones, previo informe o recomendación de los servicios médicos de la Administración⁷, previo informe a los representantes de los trabajadores.

Dentro de este personal hay que hacer especial referencia, por su singularidad, al que presta sus servicios en establecimientos militares, cuyas vicisitudes se rigen por lo dispuesto en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, dictado a tenor de lo previsto en la Disposición final séptima del Estatuto de los Trabajadores, entre los Ministerios de Defensa y de Trabajo. En el artículo 4 del mismo, al recoger los derechos de los trabajadores, plantea el principio general recogido para toda la función pública de no discriminación por razón de sexo, sin que se recoja ninguna otra referencia a la situación de discriminación de la mujer.

2.2.3. Normativa específica de acceso a la profesión militar.

Aparece regulado en el Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas. Tras garantizarse en el mismo los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, se establecen unos criterios específicos para el supuesto de que alguna de las aspirantes a ingreso no pudiera efectuar las pruebas físicas exigidas por embarazo o parto, debidamente acreditados. En estos supuestos, la plaza obtenida quedará condicionada a la superación de aquéllas, inmediatamente antes

⁶ Dependiente de la Comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación (CIVEA) del Convenio.

⁷ Este criterio es aplicable asimismo al período de lactancia.

del ingreso en el centro docente militar correspondiente o a la de la siguiente convocatoria.

Si en esa fecha tampoco pudiera realizarlas debido a otro embarazo o parto, podrá elegir de nuevo entre las dos opciones antedichas, sin que le sean de aplicación los límites de edad para el acceso a la profesión militar.

Caso de que la interesada no pudiera efectuar las pruebas físicas antes de la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo plaza, cualquiera que fuera la causa, perderá todo derecho a la misma.

Para las aspirantes que hubieran obtenido plaza para la tropa o marinería profesionales, y que se encontraran en alguna de las circunstancias anteriores, se establece la necesidad de superar las pruebas físicas establecidas en un máximo de tiempo de dos años.

2.3. Legislación autonómica en materia de función pública.

La normativa autonómica en materia de función pública se ha limitado a recoger los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, sin que exista una referencia expresa en la misma relativa a la situación de especial discriminación que sufre la mujer en el mercado de trabajo en general⁸. En algunas

⁸ La normativa sobre función pública en el ámbito territorial respectivo es la siguiente:

- Andalucía. Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (modificada por leyes de 1988, 1991, 1993, 1996 y 1998).
- Aragón. Decreto-Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Función Pública por la de 15 de marzo de 1993 y la de diciembre de 1996. Las Cortes de Aragón, en sesión plenaria de 18 de octubre de 2001, aprobaron una proposición no de ley por la que se insta al Gobierno de la Comunidad se dirija al Gobierno Central solicitando la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de manera que se establezca una democracia paritaria que garantice la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales.
- Asturias. Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (modificada por leyes de 1991 y 1996).
- Baleares. Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (modificada por leyes de 1995 y 2000). En el ámbito de esta Comunidad es preciso hacer referencia a la Ley de 18 de junio de 2002, que establece la paridad entre hombres y mujeres en las listas electorales. Además, y para evitar que las mujeres ocupen los últimos lugares de dichas listas, el art. 16 de la referida norma establece la obligación de alternar a los candidatos de uno y otro sexo. Dicha norma fue recurrida por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, que aceptó la suspensión de la aplicación de la misma hasta que recaiga la resolución definitiva.
- Canarias. Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias (modificada por leyes de 1994 y 1995).

Comunidades se han aprobado normas específicas para conciliar la vida familiar y laboral en el ámbito de la función pública, centradas en particular en la protección de la maternidad del personal al servicio de la Administración, ayudas por cuidado de hijos.

Así, en Cataluña hay que hacer referencia asimismo a la aprobación de la Ley 6/2002, de 25 de abril, de medidas relativas a la conciliación del trabajo y la vida familiar del personal de las administraciones Públicas catalanas, relativa a la introducción de permisos especiales en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento, de lactancia, guarda legal. Así, se establece un permiso de diecisiete semanas ininterrumpidas por maternidad, ampliables, en caso de parto múltiple, a dos semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo. Los principios recogidos en esta Ley han sido recogidos en el Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral del Servicio Catalán de Salud (CatSalud).

En la Comunidad Valenciana se han establecido mecanismos de protección de la maternidad del personal al servicio de la Generalidad Valenciana (Decreto de 13 de mayo de 1991).

-
- Cantabria. Ley 4/1986, de 7 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria (modificada por leyes de 1993 y 1995).
 - Castilla-León. Ley 7/1985, de 27 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aprobándose en 1990 el Texto Refundido de la misma.
 - Castilla-La Mancha. Ley 37/1988, de 13 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (modificada por leyes de 1990, 1992 y 1999. Las Cortes de Castilla-La Mancha, en sesión plenaria de 27 de junio de 2002, modificaron su propia ley electoral, en el sentido de introducir el criterio de la paridad en las candidaturas electorales. Dicha ley ha sido recurrida por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, suspendiéndose su aplicación hasta tanto no se dicte resolución al respecto.
 - Cataluña. Ley 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña (modificada por leyes de 1994 y 1996).
 - Extremadura. Ley 2/1986, de 23 de mayo, de la Función Pública de Extremadura, y Texto Refundido de la Ley de 26 de julio de 1990 (modificado por leyes de 1990, 1991 y 1995).
 - Galicia. Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia (modificada por leyes de 1991, 1992, 1993, 1994, 1995 y 1999).
 - Madrid. Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (modificada por leyes de 1992 y 2000). Hay que señalar que por Orden de 23 de enero de 1998 se ha regulado la concesión de ayudas de cuidado de hijos en esta Comunidad.
 - Murcia. Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia (modificada por leyes de 1989, 1990, 1991, 1993 y 1994).
 - Navarra. Ley 13/1983, de 30 de marzo, reguladora del Estatuto del personal al servicio de la Administración Pública de Navarra (modificada por leyes forales de 1994, 1996 y 2001).
 - Valencia. Ley 10/1985, de 31 de julio, de la Función Pública de la Generalidad Valenciana, y Texto Refundido de 1995 (modificado por leyes de 1995 y 1996).
 - La Rioja. Ley 3/1990, de 29 de junio, de la Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (modificada por leyes de 1994 y 1995).
 - País Vasco. Ley de 6 de junio de 1989, de la Función Pública Vasca (modificada por leyes de 1992, 1995 y 1996).

Por su parte, algunas otras (Aragón, Baleares y Castilla-La Mancha) han iniciado reformas de su Ley electoral, estableciendo un sistema de paridad entre mujeres y hombres en las candidaturas electorales, siguiendo el ejemplo de Francia tras la aprobación de la Ley constitucional 99-569, de 8 de julio de 1999, relativa a la igualdad entre hombre y mujeres, que recoge el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas⁹.

Junto con las disposiciones anteriores, específicas de la Función Pública, las distintas Comunidades han ido aprobando diversa normativa relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral, así como diversos planes para la igualdad de oportunidades. El objetivo de estas normas es, en muchos casos, potenciar la natalidad, como consecuencia de la preocupante inversión de las pirámides de población que afectan a determinadas Comunidades, como sucede con Castilla-León. Sin pretender ser exhaustivos, podemos citar los siguientes aspectos que han sido considerados en esa legislación autonómica:

- Establecimiento de incentivos a la contratación de mujeres (Galicia: Orden de 9 de mayo de 2001, Orden de 3 de octubre de 2001, Orden de 22 de marzo de 2002 y Orden de 15 de enero de 2003); Illes Balears: Orden de 19 de marzo de 2002; Orden de 10 de junio de 2002 y Orden de 30 de octubre de 2002; Navarra: Orden Foral 82/2001, de 5 de julio y Orden Foral 105/2002, de 3 de octubre; País Vasco: Decreto 177/2002, de 16 de julio; Castilla-León: Orden de 18 de enero de 2002; Cantabria: Orden de 9 de marzo de 2000).
- Subvenciones para la creación de empleo femenino a través de la reordenación del tiempo de trabajo y reducción de las horas extraordinarias (Illes Balears: Orden de 30 de junio de 2000 y Orden de 20 de abril de 2001).

⁹ La Ley francesa 2000-493, de 6 de junio de 2000, siguiendo el criterio de la mencionada de 1999, incorpora al Código electoral la siguiente consideración: "Sobre cada grupo de listas, la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo no puede ser superior a uno. En el seno de cada grupo entero de seis candidatos en el orden de presentación de la lista debe figurar un número igual de candidatos de cada sexo". Además, se establece una sanción económica, a través de la financiación pública, para aquellos partidos que incumplan en más de un 2% los objetivos marcados por la Ley.

-
- Ayudas por nacimiento de hijos y de apoyo a la familia (Castilla-León: Decreto 292/2001, de 20 de diciembre, Orden de 27 de diciembre de 2001, Orden de 25 de junio de 2002 y Orden de 18 de diciembre de 2002).
 - Excedencia para cuidado de hijos (Castilla-León: Orden de 27 de diciembre de 2001, Orden e 28 de enero de 2002 y Orden de 5 de diciembre de 2002).
 - Plan de empleo para trabajadoras por cuenta propia (Castilla-León: Orden de 5 de diciembre de 2002).
 - Plan de guarderías y financiación de actividades extraescolares para contribuir a facilitar el trabajo de la mujer (Valencia: Orden de 2 de diciembre de 2002; Castilla-León: Orden de 27 de diciembre de 2001, Orden de 22 de marzo de 2002 y Orden de 18 de octubre de 2002).

2.4. Personal al servicio de las Entidades Locales.

Al igual que sucede con el personal al servicio de las Comunidades Autónomas, hay que poner de manifiesto que la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública a la que hemos hecho referencia más arriba tiene carácter básico, siendo la mayoría de sus preceptos aplicables a la Función Pública local.

De esta forma, el régimen general del personal al servicio de las entidades locales se recoge en el Título VII de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que establece en su artículo 91, como no podía ser de otra forma, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, para la selección del personal.

La ley se remite a la legislación estatal y autonómica para lo no regulado por ella, estableciendo las especificidades del régimen local en lo que se refiere por ejemplo a las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales y la

selección de los funcionarios con habilitación de carácter nacional que deben ocuparlas. Este tipo de funcionarios constituyen la característica diferencial del ámbito local, si bien la provisión de los puestos se efectúa de acuerdo con los mismos procedimientos que el resto de funcionarios de cualquier Administración.

Por su parte, la otra norma básica en esta materia está constituida por el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, cuyo Título VII se refiere, al igual que la norma anterior, al personal al servicio de las Entidades Locales, incluyendo y desarrollando en mayor medida los preceptos de la Ley de Bases de Régimen Local.

En cualquier caso, ninguna de estas normas hace referencia expresa a la situación de la mujer ni contiene precepto alguno específico para ellas, por lo que se aplicará el régimen general tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, alguna de las cuales, como por ejemplo la de Cataluña, ha dictado una norma sobre el personal de sus Entidades Locales que incluye todos los aspectos generales ya señalados de las otras Administraciones sin hacer referencia tampoco a la situación de las mujeres.

En desarrollo de las dos leyes estatales, se han dictado normas reglamentarias sobre personal tales como las siguientes:

-Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el acceso a la Función Pública Local del personal contratado e interino de las Corporaciones Locales.

-Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

-Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Por último, debe señalarse que los Reales Decretos 364/1995 y 365/1995 aplicables en la Administración del Estado, tienen carácter supletorio para todos los funcionarios civiles de la Administración Local.

En el ámbito local, con independencia de los convenios que se firmen con el personal de las Entidades Locales y en los que se establecen algunas ventajas específicas para las mujeres, normalmente relacionadas con el embarazo y la maternidad, también pueden reseñarse los Planes para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres aprobados por algunas de ellas, por ejemplo en los Ayuntamientos de León, Palencia y Marbella, entre otros muchos.

3. Jurisprudencia comunitaria y española sobre el acceso y promoción de la mujer en el mercado de trabajo.

3.1. Jurisprudencia comunitaria

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha pronunciado sobre muchos de los aspectos que hacen referencia al tema que estamos abordando, fundamentalmente teniendo como base el principio de igualdad de trato establecido en la Directiva 76/207/CEE.

Sin ánimo de exhaustividad, antes de estudiar las sentencias que hacen referencia a las medidas de acción positiva adoptadas por algunos países europeos que implican establecer preferencias a favor de las mujeres y que pueden resultar más interesantes en cuanto resultan más progresivas, podemos referirnos a otros pronunciamientos sobre otros aspectos de la acción a favor del acceso y promoción laboral de las mujeres que también se han mencionado con anterioridad.

Conviene indicar, aunque sea de pasada, que el principio de igualdad también ha servido al Tribunal para declarar como no acordes al derecho comunitario determinadas normas nacionales en las que el perjudicado era el hombre respecto a la mujer, por ejemplo la STJCE de 13 de diciembre de 2001 en la que se consideraba que una disposición nacional que otorga el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyos cónyuges padecen una

incapacidad o una enfermedad incurable que les impide ejercer una profesión, y excluye a los funcionarios que se encuentren en una situación comparable, vulnera el principio de igualdad de retribución establecido en el actual artículo 141 del Tratado. También la STJCE de 17 de abril de 1997 estima que es contrario al antiguo artículo 119 del Tratado cualquier norma nacional que supedita la obtención por los viudos de una pensión a requisitos especiales que no se exigen a las viudas. Por otra parte, la STJCE de 16 de diciembre de 1999 considera discriminatoria una legislación nacional que concede una ayuda para gastos de calefacción en invierno a los hombres de al menos 65 años y a las mujeres de al menos 60 años. En cualquier caso, estas sentencias no dejan de ser un reflejo de unas legislaciones en las que se ponía de manifiesto la falta de incorporación de la mujer al mundo laboral que obligaba a proteger especialmente a las viudas o la diferenciación de edades quizá basada en un concepto físico equivocado.

3.1.1. Jurisprudencia sobre igualdad de retribución.

Siendo la igualdad de retribución la primera mención que incluía el Tratado en su redacción original en el antiguo artículo 119, es evidente que han sido muchos los pronunciamientos sobre este aspecto, de los cuales no puede hacerse un desarrollo por exceder los objetivos de este estudio, si bien pueden destacarse por su significación las Sentencias de 27 de junio de 1990, de 7 de febrero de 1991, 4 de junio de 1992 o de 9 de febrero de 1999. No obstante, debe indicarse que el Tribunal ha ido ampliando el concepto de retribución y así ha determinado que ciertos conceptos han de considerarse retribución a efectos de su equiparación entre hombres y mujeres, como, por ejemplo, el plan de pensiones de una empresa (STJCE de 24 de octubre de 1996), mientras otros no pueden entenderse incluidos, como las reducciones sobre los transportes públicos concedidas a determinadas categorías de personas (STJCE de 11 de julio de 1996).

Relacionado con la igualdad de retribución se encuentran los casos en que el Tribunal ha considerado indebido que por razón del embarazo se perciban salarios o primas inferiores a los de los varones. De este modo, la STJCE de 19 de noviembre de 1998 indica como opuesta a las normas comunitarias una legislación nacional que prevé que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral como consecuencia de un estado patológico relacionado con su embarazo, acreditada mediante

certificado médico, no tiene derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario, sino a cobrar una asignación diaria abonada por una entidad local, cuando, en caso de incapacidad laboral por causa de enfermedad, acreditada mediante certificado médico, el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario. Por otra parte, la STJCE de 9 de septiembre de 1999 estima que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo el hecho de que las personas que ejercen actividades por cuenta ajena con un horario normal inferior a quince horas semanales y una retribución normal que no supera una determinada fracción de la base mensual de referencia y que, por ello, están exentas del seguro social obligatorio, queden excluidas por un convenio colectivo de la concesión de una prima especial anual, prevista por éste, que se aplica con independencia del sexo del trabajador, pero que afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres.

3.1.2. Jurisprudencia sobre la prohibición de despido de trabajadores durante el embarazo o el permiso posterior de maternidad o paternidad.

Son numerosas las Sentencias del Tribunal relativas a este aspecto. Así por ejemplo, la STCE de 30 de junio de 1998 dispone que la legislación comunitaria se opone al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo. La STJCE de 5 de mayo de 1994 señala que la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, en principio compatible con el artículo 2, apartado 3, de la Directiva, no puede servir de base para resolver un contrato de trabajo existente celebrado por tiempo indefinido. Por otro lado, la STJCE de 4 de octubre de 2001 interpreta la legislación comunitaria en el sentido de que se opone al despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando ésta última fue contratada por un período determinado, no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato trabajo, y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato. Otra STJCE de 4 de octubre de 2001, en referencia a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Algeciras, dispone que “en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a la legislación comunitaria.

3.1.3. Jurisprudencia sobre exclusión de la mujer de determinados trabajos u ocupaciones.

En lo que respecta a este asunto, el Tribunal examina cada caso en concreto, y así, ha declarado por ejemplo en la Sentencia de 13 de marzo de 1997 que la República Francesa ha incumplido la Directiva 76/207/CEE al mantener la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres en la industria, siendo así que no existe una prohibición similar para los hombres. Igualmente señala en la STJCE de 11 de enero de 2000 que la citada Directiva se opone a disposiciones como las del Derecho alemán que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. No obstante, la STJCE de 26 de octubre de 1999 dispuso que la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines puede estar justificada por razón de la naturaleza y de las circunstancias del ejercicio de las actividades de que se trata.

En relación con la posibilidad de exclusión, la Directiva 2002/73, ha introducido en el artículo 2 el apartado 6 en que se recogen los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para permitir la exclusión desarrollados en sentencias como la última citada. Así dicho apartado señala:

6."Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación 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.

3.1.4. Jurisprudencia sobre determinadas ventajas concedidas sólo a las mujeres.

EL TJCE también ha admitido determinadas ventajas que favorecen a las mujeres y que no se aplican a los varones, teniendo en cuenta las mayores dificultades que la mujer ha encontrado y encuentra para acceder al mercado laboral, pudiendo incluirse tales medidas dentro de las del segundo grupo de acciones positivas que se

expusieron al principio. De este modo, la STJCE de 16 de septiembre de 1999 ha establecido que el principio de igualdad de retribución no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas. Por otra parte, la STJCE de 19 de marzo de 2002 ha indicado que es también válida una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia de manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Explicando la procedencia de esta medida, el Tribunal afirma que "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, pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres".

3.1.5. Jurisprudencia sobre algunos aspectos relativos al acceso y la promoción de las mujeres en el mercado laboral.

Merecen destacarse tres pronunciamientos que suponen una clara defensa de la situación de la mujer en lo que se refiere a situaciones concretas que suponen una desventaja de hecho de las mujeres a la hora de acceder o promocionar .

a) La STJCE de 2 de octubre de 1997 señaló que la normativa comunitaria se opone a una legislación nacional que prevé que, en el caso de una actividad a tiempo parcial con un tiempo de trabajo no inferior, en todo caso, a la mitad de la jornada habitual, el período de ejercicio de las funciones profesionales exigido para quedar exento del examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se prolongará en la correspondiente proporción, cuando tales disposiciones afecten a un número muy superior de mujeres que de hombres, salvo que dicha legislación esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo.

b) Según la STJCE de 30 de abril de 1998, la legislación comunitaria se opone igualmente a una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad. En relación con este asunto es importante destacar que el Tribunal afirma en su razonamiento que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del apartado 3 del artículo 2 no puede dar lugar a un trato desfavorable ni en lo que atañe a su acceso al empleo ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. Desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal.

c) La STJCE de 3 de febrero de 2000 ha declarado que la legislación comunitaria se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto. En relación con este caso debe indicarse que el Tribunal de Justicia ya había declarado en su Sentencia de 8 de noviembre de 1990 que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad y por tanto, la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo.

3.1.6. Jurisprudencia sobre las medidas de preferencia a favor de las mujeres.

Como antes se indicó, dado que estas medidas suponen un paso adelante respecto a los otros aspectos contemplados, parece conveniente examinar los pronunciamientos más importantes referidos al que se ha clasificado como tercer grupo de medidas, es decir las que implican establecer preferencias para las mujeres.

En relación con ello debe señalarse previamente que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, que ha sido eliminado tras la modificación operada por la Directiva 2002/73 establecía que "la presente Directiva no obstará 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 en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1".

Actualmente, tras la inclusión del apartado 4 del artículo 141 en el Tratado Constitutivo por medio del Tratado de Ámsterdam, la Directiva 2002/73 indica en el apartado 8 de su artículo 2 que "Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres".

Como puede apreciarse y aunque se hará una valoración posterior, puede avanzarse que la modificación de la Directiva no ha supuesto ninguna aclaración de las medidas que pueden o deben adoptarse, perdiéndose una oportunidad para dar un paso decidido respecto a la efectiva implantación de las mismas para de conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres.

Cuatro son las sentencias más importantes sobre este aspecto, todas ellas relativas al acceso y promoción dentro de la función pública:

a) Sentencia de 17 de octubre de 1995.

Esta Sentencia, que se refería a una legislación de un land alemán sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función pública, supuso una interpretación restrictiva respecto a las medidas, afirmando que la Directiva 76/207 se opone a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.

Como explicación de esta decisión el Tribunal indicaba que una normativa nacional que garantiza la 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 apartado 4 del artículo 2 de la Directiva. Añadía, además, que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

Como consecuencia de esta Sentencia comenzó el proceso para la modificación de la Directiva, y así la Comisión Europea interpretó la Sentencia considerando que prohibía el régimen de cuotas rígido que no permite tener en cuenta circunstancias individuales particulares, sino que concede automáticamente a las mujeres una prioridad absoluta e incondicional en materia de nombramiento o promoción en los sectores donde no estuvieran suficientemente representadas.

Ya se ha indicado que el proceso de modificación de la Directiva ha concluido con la Directiva 2002/73, si bien no ha recogido la propuesta que inicialmente realizó la Comisión, haciendo únicamente referencia a las medidas de acción positiva en el apartado 8 del artículo 2 antes comentado de la Directiva.

b) Sentencia de 11 de noviembre de 1997.

En este caso se enjuiciaba de nuevo la legislación dictada por otro land alemán que concedía, respecto a la función pública, 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.

El Tribunal concluyó que la legislación comunitaria no se opone a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas

femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que:

-Dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que:

-Tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

Puede apreciarse que se trata de un pronunciamiento que supone un paso adelante en relación con la sentencia anteriormente citada y que recoge la tesis de la Comisión de que dicha sentencia de 1995 se oponía a un sistema de cuotas rígido que concediera una preferencia absoluta e incondicional, permitiéndose la preferencia siempre que se puedan tener en cuenta circunstancias individuales particulares.

En este sentido, la sentencia constataba que existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia.

c) Sentencia de 28 de marzo de 2000.

De nuevo se enjuiciaba la legislación de un land alemán respecto al acceso y promoción en la función pública, en la que se establecían preferencias a favor de las mujeres, en concreto lo que se conoce como cuota de resultado flexible, caracterizada porque no fija de manera uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sectores y servicios de que se trata, sino que precisa que las características de dichos

sectores y servicios son determinantes para fijar objetivos vinculantes. De otro lado, no prevé necesariamente «a priori»de modo automático que el resultado de cada procedimiento de selección, en una situación de «empate» como consecuencia de la igual cualificación de los candidatos, deba obligatoriamente favorecer a la candidata femenina.

El Tribunal acepta estas medidas sentenciando que las normas comunitarias no se oponen a una normativa nacional

-Que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos,

-Que establece que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad,

-Que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes,

-Que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas,

-Relativa a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual.

d) Sentencia de 6 de julio de 2000.

En este caso en que se examinaba una ley sueca sobre igualdad en la función pública, el Tribunal vuelve a señalar la imposibilidad de establecer preferencias automáticas a favor de las mujeres, y así determina que la legislación comunitaria se opone a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. Por el contrario, dicha legislación no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

3.2. Jurisprudencia de los Tribunales españoles.

En este apartado nos centraremos básicamente en la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional español, el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre varios casos que coinciden con los planteados ante el TJCE, fundamentalmente mediante recursos de amparo por violación del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Como no podía ser de otra forma, la jurisprudencia emanada de dicho Tribunal se ha pronunciado sobre varios asuntos concordantes con los del TJCE, siguiendo una misma línea. En este sentido, la STC 203/2000 ha señalado que “la específica

prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 C.E. comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras”.

El Tribunal Constitucional parte de unos planteamientos que señalan la dificultad de hecho que suponen ciertas circunstancias para el acceso de las mujeres al mercado de trabajo. Así la STC 203/2000 indica que “conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 C.E. despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)» (STC 109/1993, de 25 de marzo, F.J. 6); y que «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él» (STC 128/1987, de 16 de julio, F.J. 10).”

En relación con aspectos concretos, puede destacarse el caso de la STC de 23 de julio de 1996 en que se declaró la nulidad del despido de una trabajadora embarazada, donde se afirma que “la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994). Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 de

la Constitución. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declararlo incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984 y 166/1988) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994), y sin duda la conclusión debe proyectarse a decisiones causales, como es el despido." Por otro lado, se indica que "la prohibición de despedir por razón de embarazo pretende evitar a la trabajadora embarazada cualquier riesgo de despido por motivos relacionados con su estado y, por lo que aquí interesa, comprende la hipótesis de las ausencias al trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo y que impidan desarrollar la prestación laboral convenida, las cuales, por tanto, no pueden justificar un despido".

El Tribunal Constitucional ha mantenido, por ejemplo en la Sentencia 166/1988, la doctrina de que el art. 14 C.E. prohíbe que en las situaciones derivadas del embarazo o la maternidad, circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres -y en los que, por tanto, tampoco cabe exigir como término de comparación a la situación de los varones-, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando una grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral. Igualmente, en la misma STC 166/1988, el Tribunal ha descalificado, por desconocedor de las exigencias de no discriminación por razón de sexo, la ausencia de motivación en la decisión empresarial de poner fin a una relación laboral en período de prueba, cuando la trabajadora había puesto en conocimiento de la empresa su estado de embarazo, en coherencia con las de distribución de la carga de la prueba que han de aplicarse en estos supuestos, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, SSTC 38/1981, 103/1983 y 104/1983).

Asimismo, en la STC 173/1994, en relación con un caso en que se dilucidaba la corrección de la no renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada, se ha afirmado que el simple ejercicio de un acto de libertad por el empresario al margen del contrato de trabajo no enerva per se la denuncia de discriminación, en la medida en que la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que, a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminación el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de la aplicación del art. 14 C.E. y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación.

La STC 20/201 enjuicia un caso en que se produjo el cese de una funcionaria interina durante el período en que estaba disfrutando de un permiso por maternidad, concluyendo que "es patente, pues, el lazo causal que el organismo público estableció entre la situación de la trabajadora y la extinción de su relación funcional, con lo que se está reconociendo expresamente que la finalización anticipada de la situación funcional tuvo su única causa en la maternidad de la actora y en su consiguiente carencia de idoneidad física para el desempeño de sus funciones. Por todo ello, el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo, sin que, como afirmamos en nuestra STC 240/1999, de 20 de diciembre (F.J. 6), sea necesario (ni posible) aportar término de comparación.

Respecto a la negativa a conceder a una trabajadora interina la excedencia para el cuidado de hijos, el Tribunal ha señalado en su Sentencia 240/1999 que "en el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 C.E. -según se apunta en la STC 109/1993-; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así «diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.). Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo. Esta discriminación, además, como hemos reiterado, no puede justificarse por la intensidad de la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración."

Esta sentencia ha sido además corroborada por la posterior STC 203/2000, en la que también se denegaba a una trabajadora interina el derecho a la excedencia por cuidado de hijos. En esta Sentencia se hace referencia a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, para indicar que se está atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

Respecto al acceso de la mujer a determinados puestos tradicionalmente reservados a los hombres, merece la pena destacar la STC 229/1992 en la que se reconoce a una mujer su derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en la empresa nacional Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA), que le había sido denegada por ésta, pese a haber superado las correspondientes pruebas de admisión, en aplicación del Decreto de 26 de julio de 1957, cuyo art. 1, en conexión con la relación adicional primera del mismo, establece la prohibición de trabajo en las minas de la mujer basada en el motivo de las «condiciones especiales del trabajo» y el peligro de accidentes.

El Tribunal Constitucional indica que “el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 C.E., consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo. En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso ese prejuicio es la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas”.

Teniendo en cuenta la claridad de la doctrina sentada por esta Sentencia, no deja de sorprender que en Sentencia de 3 de diciembre de 1996 el Tribunal no otorgara el amparo a una mujer a la que se resolvió el contrato durante el período de prueba por la imposibilidad física para desarrollar el puesto de trabajo. En concreto, se trataba de una mujer que superó las pruebas selectivas para ocupar una plaza de auxiliar administrativo en la Comunidad de Madrid y a la que se asignó un puesto que llevaba aparejado el desempeño de funciones de basculero.

El Tribunal dispone que "si las funciones de basculero requieren poseer una cierta fortaleza física, superior a la media de las mujeres, como entendió la sentencia de instancia aun admitiendo `lo aventurado del juicio, ello, en sí mismo y por sí solo, no resulta discriminatorio y contrario al art. 14 de la Constitución, toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (STC 147/95)", concluyendo que "en el presente caso, la entidad empleadora ha fundado la resolución del contrato en la escasa disposición de la actora para atender determinadas funciones asignadas a su puesto y el Tribunal Superior de Justicia ha mostrado de forma expresa su convicción de que el cese de la trabajadora no incurrió en discriminación alguna, al estar justificado, a tenor del art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, por la necesidad de cumplir debidamente cometidos propios de la prestación laboral concertada".

En contraposición a esta decisión, existe un voto particular de uno de los Magistrados que nos parece más acorde con la protección del derecho a la no discriminación. Parte dicho voto de que "a nadie se le puede pasar por la imaginación que si decide concursar a un puesto de auxiliar administrativo pueda acabar trabajando de basculero, a menos que se le advierta, previamente al concurso, que puede acceder a un trabajo penoso, deber de información que incumplió la Comunidad de Madrid con la recurrente". A continuación indica que "es indiferente a los efectos de determinar la existencia de una discriminación indirecta, que el puesto de trabajo haya podido ser desempeñado por alguna mujer. El problema reside en si la mayoría de las mujeres puede o no desempeñar ese puesto de trabajo; cuando se oferta un puesto de trabajo que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se le 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 debería haber sido amparada por este Tribunal.

El voto particular concluye con una afirmación que nos parece muy acertada y muy acorde con el objeto de este trabajo, al señalar que “si se oferta un puesto de trabajo y luego se constriñe a la mujer a realizar otro que de facto está masculinizado, se infringe el artículo 14 de la Constitución, máxime cuando dicha conducta la observa una Administración Pública que, en cuanto poder público que es, está obligada por la Constitución a remover los obstáculos y promover las condiciones para que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva”.

En cuanto al derecho a pensión, el Tribunal ha señalado en su Sentencia 5/1992 que “no puede considerarse contrario a la Constitución el mantenimiento transitorio de una diferencia de trato, en relación a los efectos económicos, entre las viudas que ya tenían reconocido formalmente por la legislación de clases pasivas, y los viudos que no lo tenían reconocido formalmente”. En este sentido realiza una argumentación según la cual “aunque el trato desigual pudiera entenderse formalmente en perjuicio del varón, materialmente presupone una valoración peyorativa de la condición laboral de la mujer. El mantenimiento de la diferencia legal de trato en materia de pensiones contribuiría a que continuara esa situación de exclusión, favoreciendo o incentivando que la mujer no trabaje fuera del hogar. A su vez no debe ignorarse que, tratándose de situaciones que se consolidan en el tiempo, como las pensiones, la situación de partida, la marginación laboral de la mujer, sólo puede ser corregida para el futuro y, por ello, el mejor trato de las viudas de funcionarios en materia de pensiones sirve también para compensar la previa situación existente de discriminación. La igualdad de trato en materia de pensiones entre los funcionarios y las funcionarias resulta un instrumento necesario para evitar la perpetuación de la situación social de marginación, pero ello no impide considerar constitucionalmente justificadas diferencias de trato en relación al pasado que puedan ser entendidas como dirigidas a compensar o reequilibrar unas situaciones previas de discriminación, y como tal puede entenderse también esta disciplina transitoria que supone diferencias de efectos económicos, en relación con el momento de ejercicio del derecho, entre el colectivo de las viudas de los funcionarios, que contaban claramente con la expectativa del derecho a obtener una pensión causada por su marido, y en función de ello pudieron optar por no trabajar y, por ello, causar directamente el derecho a pensiones de carácter contributivo, y el colectivo de los

viudos de las funcionarias que al no contar originariamente con esa expectativa, pudieron adaptar su vida desde un primer momento a esa expectativa de no generación de pensión por su esposa funcionaria".

Por otro lado nos referiremos a un asunto tratado con anterioridad, como es el de otras ventajas concedidas a las mujeres. Así, en relación con una ayuda por guardería establecida a favor sólo de las mujeres, la STC 128/1987 precisó: «Resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. 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 núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente al cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador u otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación de otras categorías sociales». Añadiendo que: «En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de una mujer con hijos pequeños». Y así esta sentencia concluye: «El hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento desigual otorgado a éste no constituye por tanto una discriminación prohibida por el art. 14 de la CE, sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2 del Texto Fundamental. No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad, al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal».

Esta argumentación ha sido recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1997, que, ante un caso similar, determina que resulta “incuestionable que aunque hayan pasado diez años desde que se dictó la sentencia comentada del Tribunal Constitucional, la situación de la mujer trabajadora en España no ha variado tanto como para entender que ya no son atendibles ni dignos de ser tomados en consideración los criterios que en la misma se mantienen”.

Por último, podemos concluir citando una sentencia de un Juzgado de lo Social de Madrid de 31 de octubre de 2000, cuyo fallo resulta esperanzador a efectos de que se produzca una efectiva equiparación entre hombres y mujeres tanto en el acceso como en la promoción en el empleo. En concreto en esta sentencia se declara que la empresa Red Eléctrica de España al relegar a la trabajadora de sus funciones en la asesoría jurídica y trasladarla al departamento de calidad de la dirección de auditoría interna, la ha discriminado por causa de su triple maternidad, ordenando que de modo inmediato se la reponga en las funciones que realizaba y puesto de trabajo que ocupaba en la asesoría jurídica.

4. Discapacidad y Administración Pública¹⁰

Respecto a la situación de los discapacitados, hay que señalar que el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado señala, en su art. 19, que en los procesos selectivos para ingreso en la Administración serán admitidas las personas con minusvalía en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, de forma que las respectivas convocatorias no establecerán exclusiones por limitaciones físicas o psíquicas, salvo las incompatibilidades con el desempeño de las funciones o tareas correspondientes.

La citada norma prevé, para aquellos aspirantes con discapacidad que lo soliciten, las adaptaciones necesarias de tiempo y medios, tanto para las pruebas selectivas como para los cursos de formación y prácticas. Estas medidas adaptativas

¹⁰ Las disposiciones que se citan en el presente epígrafe se fundamentan en lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

serán aplicables asimismo a la selección del personal laboral, a tenor de lo dispuesto en el art. 34 de la citada norma.

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, estableció en su disposición adicional 19ª la reserva de plazas en la oferta de empleo público de un cupo no inferior al 3% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%, de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y acrediten el grado de discapacidad señalado y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes.

No obstante, en el mencionado art. 19 del Real Decreto 364/1995 se establece un condicionante cuanto el Tribunal de Selección tuviera dudas sobre la capacidad del aspirante por el cupo de plazas reservadas a personas con discapacidad para el desempeño de la actividad o función a que se opta, pudiendo en este caso recabar informe del órgano competente del Ministerio de Asuntos Sociales o de la Comunidad Autónoma respectiva, pudiendo participar en las pruebas selectivas pero a resultas de lo que se decida en el citado informe.

A nivel europeo se están llevando a cabo diversas medidas contra la discriminación que sufre el colectivo de personas con minusvalía, incorporándose en el art. 6.a del Tratado de la Unión Europea la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, minusvalía, edad o tendencias sexuales.

Además, el Parlamento Europeo ha instado a las Instituciones comunitarias y a los Estados miembros a que revisen sus políticas de empleo y de acceso al mismo, y pide a la Comisión que publique un código de buenas prácticas sobre el empleo de personas discapacitadas. Además, y en íntima relación con la marginación femenina, pide se contrarreste la doble discriminación que sufre la mujer discapacitada mediante proyectos y políticas y que se publiquen estadísticas separadas referentes a hombres y mujeres.

CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha podido apreciar el conjunto de medidas que se han venido aplicando para intentar lograr la igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta al acceso y promoción de la mujer en el ámbito laboral, y en particular en lo que afecta a la mujer en la Función Pública.

Estas medidas, en lo que se refiere a la legislación española, han sufrido un importante avance tras nuestra incorporación al ámbito comunitario, debiendo destacarse la particular relevancia que en el ordenamiento de la Unión Europea tienen las normas que tratan de conseguir esa igualdad, partiendo del propio Tratado Constitutivo originario y sus modificaciones y continuando con el importantísimo conjunto de Directivas que han desarrollado un corpus fundamental a la hora de avanzar en la igualdad real entre hombres y mujeres.

El estudio de estas normas resulta pues básico, así como su transposición al ordenamiento jurídico español, la cual se ha producido en muchos casos de manera muy reciente y con importantes retrasos en algunos aspectos, como por ejemplo el de la incorporación de la prohibición de despido de los trabajadores durante el embarazo o el disfrute de los permisos de maternidad o paternidad.

El estudio de esta legislación y de la importantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es un pilar fundamental a la hora de analizar los progresos que se vienen realizando en esta materia.

La legislación española sobre Función Pública, no obstante, contiene pocos preceptos que se refieran específicamente al fomento del acceso y promoción de las mujeres en el Sector Público, siendo los más importantes los incorporados en los últimos tiempos relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral con objeto de eliminar obstáculos que dificultan notablemente a las mujeres su acceso y promoción al trabajo como consecuencia del embarazo y la maternidad. Estas medidas, no obstante, no parecen tener cómo único objetivo el de conseguir la igualdad, sino que parece converger además un deseo de que sirvan para el fomento de la natalidad.

Eliminados algunos obstáculos, sigue apreciándose no obstante la necesidad de que se adopten medidas positivas que tiendan a eliminar la tradicional inferioridad en número de las mujeres respecto a los hombres, sobre todo en lo que respecta a los puestos de decisión. En este sentido, si bien en el ámbito comunitario pareció surgir inicialmente un deseo de que se aplicaran políticas o medidas que favorecieran a las mujeres respecto a los hombres, el TJCE estableció determinadas cortapisas, de manera que sigue exigiendo que exista una cláusula de apertura, es decir que la preferencia a favor de las mujeres no sea incondicional o absoluta.

Esta circunstancia, sin embargo, puede hacer inoperantes las preferencias a favor de las mujeres, ya que, al exigirse que se tengan en cuenta "las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos" (Sentencia de 28 de marzo de 2000), se rompe el automatismo que implica toda medida de preferencia.

Por su parte, la modificación de la Directiva 76/207 realizada por la Directiva 2002/73, como ya se ha indicado, no se ha referido de manera expresa a las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, limitándose a expresar que los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el artículo 141.4 del Tratado. Son varias las voces que han señalado que, si la Directiva comunitaria no incorporaba como objetivo explícito el establecimiento de preferencias a favor de las mujeres y establecía las condiciones exigibles a este tipo de medidas para ser compatibles con el derecho comunitario, como, por ejemplo, el porcentaje de mujeres para que se considerara que existía una infrarrepresentación en un sector como consecuencia de la discriminación o el plazo de aplicación de la preferencia, no existiría un avance claro en este aspecto en lo que se refiere a la jurisprudencia del TJCE. Por ello, puede considerarse que la aprobación de la Directiva 2002/73 en los términos señalados ha supuesto una oportunidad perdida para el establecimiento real de la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto al acceso y promoción en el mercado laboral y específicamente, en la Función Pública, si bien no puede dejar de admitirse ciertos avances al regular por ejemplo lo relativo al acoso y al acoso sexual en el trabajo..

En cualquier caso, estas medidas positivas no han sido adoptadas en España, donde únicamente se han aprobado incentivos que suponen un trato más favorable para la contratación de mujeres, pero no incluyen objetivos concretos ni cuotas, por lo

que su efectividad no puede estar garantizada, quedando al interés de los empresarios el que se contrate realmente a mujeres pertenecientes a profesiones u oficios en que están subrepresentadas. Por ello, sería más beneficiosa la adopción de normas parecidas a las de otros países europeos en que se establecen mayores preferencias y que se han estudiado al analizar la jurisprudencia del TJCE. Estas medidas parecen además más fáciles de establecer y cumplir en las Administraciones Públicas, ya que en ellas rige el principio de publicidad y resulta más factible el control de su eficacia, mientras que en el ámbito privado resulta más complicado al intervenir multitud de empleadores.

Puede concluirse afirmando que la aprobación de los múltiples Planes tanto en el ámbito estatal, como autonómico y local, que se refieren a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha de suponer un estímulo para que dicha igualdad se consiga en la práctica, si bien su efectividad depende en gran medida de la adopción de medidas que no se contenten con eliminar ciertos obstáculos, sino que afronten de manera decidida determinados aspectos que no se pueden corregir si no es mediante la aplicación de medidas positivas que favorezcan a las mujeres sobre los hombres para eliminar la desigualdad existente en la práctica, por ejemplo en lo relativo al acceso de las mujeres a puestos de mayor categoría y responsabilidad en el ámbito del Sector Público.

BIBLIOGRAFÍA

Martín Rebollo, L. (2002), "Leyes Administrativas", ed. Aranzadi, Pamplona.

Cosculluela, L.; Rebollo, M.; Carbonell, E. y López, M. (2000), "Código de legislación de Régimen local", 4ª edición, ed. Civitas, Madrid.

Aranzadi (2003), "Base de Datos de Legislación", Pamplona.

Aranzadi (2003), "Base de Datos de Jurisprudencia", Pamplona.

Revista Española de Derecho Administrativo, varios números.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, varios números.

Memento social, ed. Lefèvre.

Página web de la Unión Europea.

Página web de las Comunidades Autónomas.