

Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la seguridad social: apuntes de derecho europeo

Nuria Pumar Beltrán^ψ

*Autor para correspondencia: npumar@ub.edu

Recibido: 6 de junio de 2022

Resumen

Las acciones positivas forman parte de las políticas que promocionan la igualdad real y persiguen hacer frente a las desigualdades estructurales de los grupos excluidos, haciendo uso, precisamente, de las características protegidas. En el contexto de la Unión Europea éstas deben enmarcarse en sistemas de protección social avanzados y cuentan con normas y políticas de igualdad de género de carácter multinivel.

El trabajo defiende que, pese a los avances conseguidos en materia de igualdad, subsisten importantes brechas de género en el ámbito de las relaciones laborales que justificarían la previsión de acciones positivas para las mujeres en materia de empleo y de Seguridad Social. A la vez, se argumenta que los sistemas de protección social, asentados sobre modelos laborales androcéntricos, penalizan los cuidados y la brecha de género en materia de pensiones sería su manifestación más elocuente.

La normativa de la Unión Europea concibe las acciones positivas como excepciones al derecho de igualdad y se observa que el Tribunal de Justicia Unión Europea ha aplicado juicios de proporcionalidad estrictos cuando ha enjuiciado dichas medidas, tanto en el ámbito del empleo como en el de la Seguridad Social. A través de los asuntos enjuiciados, el TJUE achica el espacio a transitar por parte las legislaciones y tribunales nacionales en el diseño e implementación de este tipo de medidas. El artículo reflexiona sobre la necesidad de superar el enjuiciamiento bilateral y formalista de las acciones positivas y, en especial, sobre el estrecho margen que se reconoce por parte la doctrina judicial europea a las acciones positivas en materia de Seguridad Social.

Palabras Clave: Acciones Positivas, Igualdad Real, Derecho Europeo, Genero, Mujeres, Modelos Androcéntricos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Abstract

Positive actions are part of the policies that promote real equality and seek to address the structural inequalities of excluded groups, making use, precisely, of the protected characteristics. In the context of the European

^ψ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de Barcelona. Licenciada en Derecho. Doctora en Derecho con mención en derecho europeo, Universidad Pompeu Fabra.

Union, these measures must be framed within advanced social protection systems that have multilevel gender equality regulations and policies.

The article defends that, despite the progress made in terms of equality, there are still significant gender gaps in the field of labor relations that would justify the provision of positive actions for women in terms of employment and Social Security. At the same time, it is argued that social protection systems, based on androcentric labor models, penalize care and the gender gap in pensions would be its most eloquent manifestation.

The norms of the European Union conceive positive actions as exceptions to the right of equality and it is observed that the Court of Justice of the European Union has applied strict proportionality judgments in these kinds of measures, both in the field of employment and in the field of Security. Social. With its jurisprudence, the CJEU reduces the space to move forward by national legislation and courts in the design and implementation of this type of measures. The article reflects on the need to overcome the bilateral and formalist judgments of positive actions and, in particular, on the narrow margin that is recognized by the European judicial doctrine to positive actions in matters of Social Security.

Keywords: Affirmative Actions, Real/Tangible Equality, European Law, Women, Gender, Androcentric Models, Court of Justice of The European Union.

1. LA TEMÁTICA ESCOGIDA Y LAS ENSEÑANZAS DE LA PROFESORA ANA SÁNCHEZ

Con este escrito quiero rendir un pequeño y sentido homenaje a la profesora Ana Sánchez pues el tema de las acciones positivas conecta con unos de sus intereses intelectuales más dilectos, como son la igualdad y los feminismos.

Conversar con Ana Sánchez, era siempre una fuente de inspiración y una ocasión única para aprender y crecer intelectualmente con ella. Cuando la profesora Ana Sánchez hablaba de estos temas hacía magia pues, con la mayor naturalidad, sacaba de su chistera, por ejemplo, cuáles eran los puntos de debate más candentes en el feminismo actual o los pensamientos de autoras feministas de referencia, incluyendo aquellas voces no hegemónicas. Precisamente, uno de sus principales intereses en el campo de la igualdad y de los feminismos era desenmascarar cómo la ciencia y la generación de conocimientos, aparentemente neutros científicamente, habían desplegado sus teorías a lo largo de la historia con el objeto de mantener las estructuras patriarcales y de situar a las mujeres en condiciones de inferioridad, lo que ocurría también en el campo del Derecho.

En los temas de igualdad y no discriminación, al igual que en otros ámbitos del Derecho, la profesora Ana Sánchez defendía con vehemencia la necesidad de articular los derechos a la igualdad y no discriminación como instrumentos de transformación política y social, en pos de conseguir una mayor equidad, en coherencia con su arraigada conciencia social. Gracias a ella oí hablar por primera vez de teóricas de la teoría feminista del Derecho como Katherine Mackinnon o Carol Smart. Además, la valoración crítica de la transmisión de valores que hacía el Derecho era, para Ana Sánchez, una premisa necesaria a observar en nuestra tarea como juristas e intérpretes de las normas, tal como expuso en la introducción al libro sobre *Análisis Feminista del Derecho*¹. Y es aquí donde se cruzan, una vez más,

¹ SÁNCHEZ URRUTIA, Ana, PUMAR, Nuria (2013): *Análisis Feminista de Derecho* (Barcelona, Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona), p.6.

las enseñanzas de Ana Sánchez con mis temas de investigación y, en concreto, con el que abordaré a continuación.

2. SIGNIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Las acciones positivas surgieron en los años sesenta en los Estados Unidos como parte de las políticas del gobierno federal para luchar contra la discriminación racial². Posteriormente, este tipo de políticas- presentes tanto en el sector público como en el privado- se han extendido a otras áreas como la educación o el empleo y se han aplicado a las mujeres y/o a otros grupos discriminados (minorías étnicas, religiosas o personas con discapacidad, por ejemplo), reconociendo también situaciones de discriminación múltiple.

En esencia, se trata de medidas que usan expresamente una característica protegida (como es la raza, el género o la discapacidad)³ en la asignación de ventajas y derechos, con el fin de prevenir, compensar o corregir situaciones de discriminación padecidas por grupos excluidos. La racionalidad que guía y justifica estas medidas es la consecución de la igualdad real pues se pretende asegurar “el acceso a recursos y la participación en espacios de poder a los grupos excluidos”⁴, haciendo frente así a las estructuras y jerarquías sociales que perpetúan dicha exclusión⁵. A pesar de que las personas beneficiarias lo son a título individual, estas acciones tienen una clara dimensión colectiva, puesto que el factor diferencial es el de la pertenencia de las personas a un grupo afectado por desigualdades estructurales⁶.

Atendiendo a la clasificación ya clásica de McCrudden⁷, las acciones positivas responden esencialmente a tres propósitos: el de compensar por desventajas pasadas -puesto que de no haber experimentado barreras y discriminaciones, estas personas habrían tenido un mejor estatus socioeconómico-, el de facilitar la distribución de oportunidades entre diferentes grupos sociales y, finalmente, el de conseguir utilidades sociales adicionales, como por ejemplo la consecución de una mayor pluralidad o diversidad en la composición de las plantillas.

Estas políticas encuentran su legitimidad en las fórmulas constitucionales contemporáneas de Estado social y democrático y en el mandato -presente explícita o implícitamente en las constituciones europeas- de conseguir una mayor igualdad real y efectiva para grupos tradicionalmente

² BALLESTERO, María Vittoria (1996): "Acciones Positivas. Punto y Aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº. 19; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2003): “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 9.

³ FREDMAN, Sandra (2017): “Remaining power relations: Hierarchies and disadvantage and affirmative action”, en ANDREWS, Penelope, DAVIS, Dennis y MASENGU, Tabet (eds.) *A Warrior for Justice: Essays in Honour of Dikgang Oseneke* (Ciudad del Cabo, Juta Legal and Academic Publishers) pp. 126.

⁴ CAICEDO CAMACHO, Natalia (2019): “Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo”, en OLESTI RAYO, Andreu, *La profundización de la Unión Económica y Monetaria* (Madrid, Marcial Pons): p.73.

⁵ CAICEDO CAMACHO, Natalia (2019): “Equidad y principio de no discriminación en el pilar social europeo”, en OLESTI RAYO, Andreu, *La profundización de la Unión Económica y Monetaria* (Madrid, Marcial Pons): p.73.

⁶ ; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2003): “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 9, p. 4.

⁷ McCRUDDEN, Christopher (1986): "Rethinking positive action", *Industrial Law Journal*, vol.15, Nº 4, p. 237.

discriminados⁸. Se trata de la vertiente promocional de la igualdad⁹, que obliga en los Estados a aplicar políticas sociales sobre educación, salud, servicios sociales, etc. En el caso particular de las acciones positivas, los poderes públicos no están obligados a emprenderlas, pero sí estarían legitimados para recurrir a ellas con el objeto de combatir las desigualdades dentro del alcance y de los límites planteados por la normativa y la jurisprudencia. De este modo entrarían en juego criterios de oportunidad política y social a la hora de calibrar el tipo de medidas a implementar, el grupo o grupos beneficiados por estas acciones y, finalmente, los objetivos a alcanzar

Emerge en este punto el debate inacabado sobre la idoneidad de las acciones positivas y su alcance y no será abordado en este trabajo. Solo apuntar que el debate doctrinal en el ámbito del Derecho es intenso entre aquellas posiciones proclives a la adopción de estas medidas transformadoras que puedan romper con inercias discriminatorias consolidadas a lo largo del tiempo (Ballestrero, 1996; Barrère, 2003) y otros más reticentes a estas medidas, ya sea porque defienden su carácter necesariamente de ultima ratio (McCrudden, 1986) o bien porque ponen en entredicho si estas medidas son verdaderamente eficientes para conseguir la igualdad sustancial pretendida (Fredman, 2017).

En todo caso, habría que situar las acciones positivas en un contexto social, cultural y político determinado, de manera que sean medidas que complementen otras políticas destinadas a alcanzar la igualdad material. Así, nos podríamos preguntar por el papel que jugarían este tipo de medidas en un modelo de Estado que contase con un sistema del bienestar avanzado, de manera que ofreciese a su ciudadanía una renta básica universal y una educación y asistencia sanitaria universales y de calidad. Probablemente el diseño e implementación de estas medidas debería focalizarse en colectivos y situaciones determinados, pero tendrían un carácter claramente complementario.

Estas acciones tienen una significación distinta en Estados Unidos que en Europa pues se sitúan en contextos distintos. En Europa estas acciones se enmarcan generalmente en sistemas de Estados del Bienestar avanzados que coexisten con normativas y políticas de igualdad de género. Estas políticas son desplegadas con carácter multinivel por un conjunto de actores, normas e instrumentos con el objetivo de avanzar hacia la igualdad material entre mujeres y hombres.

Aunque ahora no sea posible abordar una cuestión tan compleja, convendría remarcar que el retroceso continuado y sostenido de las políticas sociales y de los derechos laborales, llevado a cabo por los gobiernos europeos- guiados por las políticas neoliberales de la UE- ha contribuido al crecimiento de las desigualdades económicas y sociales entre los individuos y especialmente en ciertos grupos (migrantes, minorías étnicas, personas con discapacidad, etc.) A su vez, las relaciones laborales precarias han crecido exponencialmente y afectan, sobre todo, a los trabajadores más jóvenes, con mayor incidencia en las mujeres¹⁰.

⁸ MARTÍN VIDA, María Ángeles (2004): “Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 12-13: pp. 321-349.

⁹ PONS PARERA, Eva (2013): “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas”, en SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; PUMAR, Nuria (2013): *Análisis Feminista de Derecho* (Barcelona, Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona).

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, COMISION GLOBAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO: “Monitor: COVID-19 and the World of Work . Work for a brighter future”(Ginebra) p.5.

Aunque la tipología de las acciones positivas es amplia¹¹, éstas se asocian a las cuotas, que son las medidas más incisivas y controvertidas, puesto que conceden preferencia en la adjudicación de un bien escaso e indivisible (una plaza formativa o un puesto de trabajo). Así, las acciones positivas pueden consistir en medidas de concienciación o también de incentivación dirigidas a ciertos colectivos: por ejemplo, campañas informativas, convocatoria de becas o bien la oferta de cursos formativos para mujeres en sectores donde se hallen infrarrepresentadas.

Cuando se trata de la adjudicación de un bien escaso e indivisible, se aprecian dos grandes tipos de medidas: aquellas que otorgan preferencia a las personas del colectivo seleccionado -por ejemplo, las clásicas medidas de desempate- o bien las llamadas cuotas, es decir, las que reservan las plazas a adjudicar.

Las medidas de preferencia en el momento de la asignación de la plaza desempatan a favor de la persona perteneciente al colectivo menos numeroso si media cierta equivalencia o igualdad en las calificaciones o en los méritos. En cuanto a las cuotas o reservas, pueden ser variadas, según el grado de flexibilidad observado en su formulación. Por ejemplo, las más flexibles pueden consistir al fijar un objetivo numérico a lograr en un determinado tiempo. La reserva de plazas o cuotas pueden formularse exigiendo cierta equivalencia de aptitudes o bien, de forma más contundente, proveyendo de forma automática la plaza por el hecho que la persona pertenece al colectivo a promocionar. Un ejemplo de este último caso serían las cuotas de ocupación para las personas con discapacidad, a pesar de que en la ocupación pública se pide que estas personas hayan superado previamente el proceso de selección.

3. ACCIONES POSITIVAS Y DESIGUALDADES DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

La apreciación de las desigualdades estructurales de género en el espacio de las relaciones laborales conviene ser abordada con una perspectiva temporal. Así, el número de mujeres europeas que participan en el mercado de trabajo no ha parado de crecer desde hace décadas y éstas han alcanzado, de media, un nivel educativo superior al de los hombres. Pese a la mejora de su rendimiento académico, las mujeres en Europa- y en el resto del mundo -siguen experimentando mayores dificultades que los hombres para su integración laboral¹², sobre todo si tienen responsabilidades familiares. En este punto la lectura de género es clara si nos atenemos a las estadísticas: los hombres, aunque tengan responsabilidades familiares, no conocen el techo de cristales ni tampoco se hallan inmersos de la misma manera que las mujeres en los “suelos pegajosos”, aunque puedan compartir con ellas trayectorias laborales precarias.

En general- y aunque concurren otros factores que modulen su intensidad como el nivel educativo, la edad o el origen étnico- subsisten todavía importantes brechas que separan a mujeres y hombres en

¹¹ MARTÍN VIDA, María Ángeles (2003): *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva* (Madrid, Civitas) p. 128.

¹² GANGULI, I, HAUSMANN, R, VIARENGO, M (2014): “Closing the Gender Gap in Education: What Is the State of Gaps in Labour Force Participation for Women, Wives and Mothers ?”, *International Labour Review*, vol. 133, N°2: pp. 197-233.

las relaciones laborales, las cuales evidencian una desigual distribución de los salarios, de los tiempos de trabajo o de las oportunidades de promoción profesional o en la protección social. Incluso en las sociedades europeas más igualitarias¹³, como las nórdicas, se aprecia una clara proyección de la división sexual de trabajo en las relaciones laborales, de manera que existen sectores de actividad y profesiones muy feminizados o bien muy masculinizados.

Cuando se trata de acciones positivas para las mujeres en el ámbito del empleo, la Unión Europea, en su Recomendación 84/635/CEE, del Consejo¹⁴, aclaró cuáles son los dos propósitos básicos a lograr: por un lado, el de eliminar o compensar los efectos perjudiciales resultantes por las mujeres, derivadas de la distribución tradicional de las funciones sociales entre hombres y mujeres y, por otro, la de estimular la participación de las mujeres en las diferentes actividades y sectores en los que se encuentran infrarrepresentadas, en particular, en los sectores del futuro y en los niveles más altos de responsabilidad.

Resultan de gran interés las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal Supremo del Canadá¹⁵ a favor de la legitimidad de las acciones positivas, cuando se trata de promover la presencia de mujeres en trabajos masculinizados. El tribunal consideró legítimo un programa de equidad en la ocupación que implementaría la Compañía Nacional Canadiense de Ferrocarriles, el cual reservaba a las mujeres un puesto de trabajo de cada cuatro de los convocados para ocupar oficios manuales, hasta llegar a una presencia del 13% de mujeres. Para el tribunal, estas medidas, más que compensar a las mujeres por discriminaciones pasadas, pretendían sobre todo prevenir ante discriminaciones futuras, dados los patrones de discriminación sistémica que sufrían las mujeres en el acceso al mercado de trabajo y, especialmente, a ciertas profesiones masculinizadas.

Precisamente en estas profesiones, las cuotas contribuían a romper estereotipos sobre las habilidades y capacidades de las mujeres para desarrollar ciertas profesiones y actuaban como referentes para futuras candidatas. Un argumento adicional, claramente el más original de todos, era que el hecho de conseguir una presencia significativa o masa crítica de mujeres ayudaría a superar ciertas dinámicas y formas de pensamiento que infravaloraban sus aportaciones y capacidades. En concreto, y debido a ciertas resistencias y estereotipos existentes, se las consideraba en muchas ocasiones impostoras en esos trabajos y eran expuestas en mayor medida al acoso o a sufrir cierto paternalismo discriminatorio. Además, esta presencia significativa de mujeres facilitaría que tuvieran más voz y participación en los asuntos de la empresa, de forma que sus peticiones fueran atendidas.

¹³ GRUSKY, David y CHARLES, Maria (2005): *Occupational Ghettos: The Worldwide Segregation of Women and Men* (Stanford, Standford University Press).

¹⁴ Recomendación 84/635/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer.

¹⁵ ¹⁵ FREDMAN, Sandra (2017): “Remaining power relations: Hierarchies and disadvantage and affirmative action”, en ANDREWS, Penelope, DAVIS, Dennis y MASENGU, Tabet (eds.) *A Warrior for Justice: Essays in Honour of Dikgang Oseneke* (Ciudad del Cabo, Juta Legal and Academic Publishers) pp. 126.

3.1. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA NORMATIVA MULTINIVEL

La CEDAW (1979)¹⁶ proclama que los Estados podrán adoptar “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer *“siempre que no comporten el mantenimiento de medidas desiguales o separadas”* (art. 4 CEDAW). La normativa suele contemplar las acciones positivas como excepciones al principio de igualdad y las califica de medidas especiales que se aplican provisionalmente en el tiempo, mientras que no se consiga la igualdad efectiva. No en vano, la peculiaridad de estas medidas que buscan la igualdad sustantiva radica en *“la atribución de relevancia a precisamente los mismos factores de diferenciación cuya relevancia se niega por la igualdad en sentido formal”*¹⁷.

La igualdad de género constituye un valor fundamental del derecho de la Unión Europea tal como refleja la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el resto de los tratados fundacionales. Este valor ha experimentado un desarrollo intenso y expansivo en la legislación y en las políticas europeas desde la firma del Tratado de Roma en 1957, el cual reconoció el derecho a la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. El Tratado de Ámsterdam avanzó en dicho proceso cuando comprometió a la Unión Europea en la promoción de la igualdad de género en todas sus actividades y políticas y, a la vez, legitimó las acciones positivas de los Estados miembros en materia de empleo.

Por su parte, las directivas sobre igualdad de género han proporcionado a las legislaciones nacionales las nociones y tutelas antidiscriminatorias básicas en materia de empleo y de condiciones de trabajo, de trabajo autónomo, de seguridad social y del acceso y suministro de bienes y servicios. Este marco se completaría con las directivas sobre la protección de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o están en período de lactancia y la de permiso parental. Asimismo, las directivas sobre el empleo atípico (trabajo a tiempo parcial, contratos a tiempo parcial y la de empresas de trabajo temporal) han sido aplicadas con una visión de género por el TJUE, particularmente con respecto al trabajo a tiempo parcial.

Las acciones positivas son reconocidas por los Tratados constitutivos de la Unión Europea, puesto que el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) autoriza los Estados miembros, con el fin de conseguir la plena igualdad, a adoptar medidas que ofrezcan ventajas profesionales a las personas del sexo menos representado, para *“evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”*. A su vez, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan *“ventajas concretas en favor del sexo menos representado”* (art. 23 CDFUE).

La propia literalidad del precepto evidencia que se siguen considerando a las acciones positivas como excepciones al principio de igualdad¹⁸.

¹⁶ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación con la Mujer (18 de diciembre del 1979).

¹⁷ BALLESTERO, María Vittoria (1996): "Acciones Positivas. Punto y Aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º. 19: p. 98.

¹⁸ WADDINTON, Lisa y BELL, Mark (2011): “Exploring the boundaries of positive action under EU Law: a search for conceptual clarity”, *Common Market Law Review*, vol. 48, N.º 5: p. 1507.

En términos parecidos, la Directiva 2006/54/CE¹⁹ permite que los Estados miembros adopten acciones positivas con el objeto de garantizar *“la igualdad plena entre mujeres y hombres en la vida laboral”* (art. 3 de la mencionada Directiva). (hablar de clave de excepcionalidad en relación al principio de igualdad)

En el ordenamiento español, las acciones positivas encuentran su cimiento en la Constitución y, más concretamente, en la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos y de promover las condiciones para que todos los ciudadanos participen en la vida política, económica, cultural y social (arts. 14 y 9.2 CE). Las acciones positivas a favor de las mujeres se regulan a la LOIEDH, cuando establece que *“los poderes públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”* y que *“estas medidas, que son aplicables mientras subsistan estas situaciones, tienen que ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”* (art. 11).

Las acciones positivas se regulan en un marco jurídico multinivel ya que las Comunidades Autónomas han aprobado distintas leyes de igualdad. Por otro lado, los convenios colectivos y los planes de igualdad, en tanto que son normas que se negocian colectivamente y se hallan más próximas a las realidades laborales en que se aplican, pueden contribuir más eficazmente a erradicar los patrones de discriminación²⁰.

Así, la normativa que regula los planes de igualdad señala que cuando *“el resultado del diagnóstico pusiera de manifiesto la infrarrepresentación de personas de un sexo determinado en determinados puestos o niveles jerárquicos, los planes de igualdad deberán incluir medidas para corregirla, pudiendo establecer medidas de acción positiva con el fin de eliminar la segregación ocupacional de las mujeres tanto horizontal como vertical”*²¹.

3.2.LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ACCIONES POSITIVAS PARA EL EMPLEO.

A partir de su jurisprudencia, iniciada con el Asunto Kalanke, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha ido perfilando la extensión y límites de las acciones positivas en la ocupación (Asuntos Kalanke, Marschall, Badeck y Abrahamsson)²². Es paradigmático el Asunto Badeck, pues se fijó con mayor claridad que en la sentencia Kalanke el marco interpretativo de este tipo de acciones: el TJUE consideró compatible con el Derecho europeo la normativa alemana que autorizaba –de acuerdo con objetivos fijados en los planes de promoción de las mujeres- otorgar preferencia a las candidatas femeninas en sectores de la función pública donde estuvieran infrarrepresentadas. Para el TJUE estas acciones positivas eran bastante flexibles, puesto que la regla de preferencia podía ser ignorada si concurrían intereses legislativos superiores -por ejemplo, la

¹⁹ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo.

²⁰ LÓPEZ LÓPEZ, Julia (2019): “Systemic Discrimination and Effective Gender Equality Policies”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N° extra 1: p.137.

²¹ Art. 7.4, Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que regula los planes de igualdad y el registro.

²² Caso Kalanke, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de octubre de 1995; Caso Marschall Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de noviembre de 1997; Caso Badeck, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de marzo del 2000; y Caso Abrahamsson, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 6 de julio del 2000.

preferencia de las personas con discapacidad- y porque la norma garantizaba la valoración objetiva de “las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

En general, el TJUE ha legitimado este tipo de medidas²³, pero las somete a un escrutinio de proporcionalidad estricto, es decir, la medida de preferencia establecida tiene que ser proporcional a la finalidad pretendida por la normativa. Así, cuando ha juzgado medidas de preferencia en el acceso a un puesto de trabajo a favor de la persona del sexo menos representado, ha considerado que estas son legítimas si respetan dos condiciones en la valoración de los méritos de las personas candidatas:

- Que no den preferencia automática a las personas candidatas del sexo menos representado, de forma que se pueda inclinar la balanza a favor del candidato masculino si concurren uno o varios criterios a su favor (lo que se denomina cláusula de apertura).

- Que haya equivalencia en los méritos de las personas candidatas, de forma que no hay que exigir igualdad en los méritos, pero tampoco puede haber una diferencia considerable de méritos entre las personas candidatas. Así, el TJUE no consideró válida la cláusula que permitía seleccionar a la persona candidata perteneciente al sexo infrarrepresentado, cuando no mediase una diferencia considerable de capacitación entre las candidaturas (asunto Abrahamsson).

En ningún momento se ha concretado qué se entiende por equivalencia de méritos o por igual capacitación y ya en sí esta exigencia es controvertida, pero es importante matizar que viene referida al momento de la asignación de la plaza. En ese sentido, podrían fijarse criterios favorables para las mujeres en el momento de la fijación de los méritos, aunque se formularan de forma neutra. Así sería si se valorase positivamente el hecho de que las personas candidatas hubiesen disfrutado de permisos parentales, por ejemplo.

Esta doctrina marca los límites en las formulaciones de las reservas de empleo a favor de las mujeres en sectores o niveles de responsabilidad tradicionalmente masculinizados. Y a dichos límites deben atenerse las legislaciones nacionales y la interpretación que se hagan de ellas por parte de los tribunales. Por lo demás, coincido con la crítica realizada a esta jurisprudencia, cuando la califica de excesivamente formalista, en cuanto que el TJUE no ha tomado en consideración ni el contexto en que se aplica la norma -normalmente sectores profesionales masculinizados y donde las mujeres han experimentado y experimentan dificultades para su promoción- ni la finalidad que se pretende conseguir con estas acciones.

4. IGUALDAD DE GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los sistemas avanzados de Seguridad Social con el tiempo se han ido impregnado de violeta, es decir, de la participación más igualitaria de las mujeres en la sociedad y de los avances del derecho de igualdad fruto de las reivindicaciones feministas. Así, estos sistemas, de forma progresiva, han depurado de sus regulaciones las discriminaciones directas, han reconocido riesgos emergentes ligados al cuidado – y

²³ RAMOS QUINTANA, Margarita (2019): “Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género”, en LÓPEZ, Julia (2019): *Derechos@género* (Albacete, Bomarzo) pp. 81-108.

más recientemente en clave de corresponsabilidad -y han aprehendido nuevas realidades familiares, distintas a las del matrimonio heterosexual.

Aun así, la acción protectora de la Seguridad Social todavía hoy se asienta sobre patrones claramente androcéntricos y no respeta la equidad de género en la distribución de derechos y recursos, pues no refleja la aportación esencial a la sociedad que realizan las mujeres con los trabajos no remunerados ni tampoco las transformaciones actuales de los roles tradicionales de género o la diversidad de los modelos familiares²⁴. Un dato inequívoco de esta inequidad de género se constata en las brechas de género en materia de pensiones que evidencian la penalización de los tiempos de cuidado por parte de los sistemas contributivos de Seguridad Social. Aunque se trata de un indicador insuficiente pues no abarca en toda su magnitud las brechas de ingresos entre mujeres y hombres en la acción protectora la protección social y que se evidencia en el hecho de que la mayoría de las beneficiarias de las prestaciones asistenciales son mujeres.

El campo de acción de las normas de discriminación jurídica es necesariamente estrecho porque para hacer frente a las distintas brechas de género citadas sería necesario llevar a cabo distintas políticas sociales, económicas y fiscales, siempre en clave transversal e interseccional. A continuación, me detendré a exponer brevemente la extensión y los límites del derecho a la igualdad de género en la protección social en la normativa y jurisprudencia de la UE, centrándome en analizar las situaciones de discriminación indirecta y acción positiva en tanto que "*comparten el mismo terreno conceptual*", fuertemente conectado con la igualdad material²⁵.

La Directiva 79/7/CE sobre igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social-complementada por la Directiva 2006/54/CE en lo que se refiere a regímenes profesionales- se adoptó para abordar las normas de seguridad social que eran directa o indirectamente discriminatorias para las mujeres, por razón de su estado matrimonial o familiar.

Sin embargo, la aplicación de esta Directiva ha sido extremadamente limitada, debido principalmente a su reducido alcance, tanto subjetivo como material. Así, la directiva se aplica a la población trabajadora y las contingencias que cubre se vinculan, casi en exclusiva, a los avatares de la vida laboral. Por ello la Directiva 79/7/CEE no incluye las prestaciones asistenciales, a excepción de la "asistencia social" otorgada para complementar o reemplazar dichos riesgos profesionales.

A esta consideración cabría añadir que la Directiva 79/7/CEE no regula las prestaciones de muerte y supervivencia ni las prestaciones familiares, a pesar de que son en estas prestaciones donde las discriminaciones por razón de sexo resultan más habituales. Además, la directiva prevé significativas excepciones a la aplicación del principio de igualdad en materias tan sensibles para el género como es la determinación de la edad de jubilación y califica las prestaciones que benefician a las mujeres de excepciones al principio de igualdad, en lugar de acciones positivas.

Particularmente en dos situaciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha apreciado discriminación indirecta en materia de seguridad social: cuando las normas de seguridad social, siguiendo el modelo *male breadwinner* predominante, han penalizado a las mujeres y cuando han

²⁴ FRASER, Nancy (1994): "After the Family Wage: Gender Equity and the Welfare State", *Political Theory*, vol. 22, N° 4: p.600.

²⁵ BALLESTERO, María Vittoria (1996): "Acciones Positivas. Punto y Aparte", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°. 19: p. 99.

perjudicado el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, el TJUE ha mostrado en muchos fallos una gran precaución y ha evitado las posibles consecuencias económicas que pudiesen derivarse de sus decisiones, rigiéndose por el temor a interferir en las políticas sociales nacionales.

En un sentido positivo, el TJUE abrió una línea doctrinal decidida hacia la corresponsabilidad señalando que son incompatibles con el derecho a la igualdad de género- por perpetuar los estereotipos de género- las normativas que dificultan o impiden el disfrute de los permisos parentales a los padres (Asuntos Roca Álvarez²⁶, Maïstrellis²⁷ o Betriu Montull²⁸, los cuales modifican la doctrina del asunto Hofmann)²⁹.

A su vez, el TJUE ha apreciado discriminaciones indirectas por razón de género en las normativas de Seguridad Social que perjudicaban de forma desproporcionada el trabajo a tiempo parcial (Asuntos Bilka³⁰, Ruzius-Wilbrink³¹, Elbal Moreno³², Espadas Recio³³, Villar Láiz³⁴, etc). Y también cuando ha observado un trato desfavorable por parte de la acción protectora de la Seguridad Social hacia colectivos profesionales fuertemente feminizados, sin que concorra una justificación suficiente para ello. Así, se ha considerado discriminatoria por razón de género la normativa española de la Seguridad Social que excluía a las trabajadoras empleadas de hogar de la protección por desempleo (Asunto CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social³⁵)

Sin embargo, y aunque son sentencias más antiguas que las arriba citadas, el TJUE no consideró discriminatoria la normativa alemana que excluía de la acción protectora de la Seguridad Social a los trabajos de duración marginal claramente feminizados, los llamados Minijobs (casos Nolte³⁶, Megner y Scheffel³⁷). Tampoco ha calificado de discriminatorias otras normativas que condicionaban el acceso de los solicitantes a las prestaciones según su estatus marital (casos Teuling³⁸, por ejemplo) o bien los

²⁶ Caso Roca Álvarez, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09.

²⁷ Caso Maïstrellis, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 2015, Asunto C-222/14.

²⁸ Caso Betriu Montull, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-5/12.

²⁹ Caso Hoffman, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de julio de 1984, Asunto C-184/83.

³⁰ Caso Bilka, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de mayo de 1986, Asunto C-170/84.

³¹ Caso Ruzius-Wilbrink, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Asunto C-102/88.

³² Caso Elbal Moreno, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11.

³³ Caso Espadas Recio, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de noviembre de 2017, Asunto C-98/15.

³⁴ Caso Villar Láiz, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 8 de mayo de 2019, Asunto C-161/18.

³⁵ Caso CJ, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de febrero de 2022, Asunto 389/20.

³⁶ Caso Nolte, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-317/93.

³⁷ Caso Scheffel, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 diciembre de 1995, Asunto C-444/93.

³⁸ Caso Teuling, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de junio de 1987, Asunto C-30/85

ingresos familiares incluidos los del cónyuge (caso Posthuma- van Damme³⁹ que rectificó la doctrina de Roks y otros⁴⁰), pese a que resultaban más perjudiciales para las mujeres.

En otras ocasiones, el TJUE plantea una acepción excesivamente técnica y formalista de la discriminación indirecta (Asuntos Cachaldora⁴¹ y Plaza Bravo⁴²), incluso en la aplicación del principio de igualdad retribución por trabajo de igual valor (Asuntos Kenny⁴³ o JämO⁴⁴).

5. ACCIONES POSITIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL DOBLE DILEMA

En materia de acción positiva el TJUE, centraré mi análisis en dos asuntos donde se enjuiciaban ventajas económicas a favor de mujeres pensionistas, los asuntos Griesmar⁴⁵ y WA vs. Spain⁴⁶. En ambas el TJUE falló a favor de los hombres que no recibieron dichas prestaciones. Los argumentos esgrimidos fueron, esencialmente, que las diferencias de trato legislativo a favor de las mujeres sólo podrían justificarse si estaban vinculadas estrictamente al hecho de la maternidad biológica (art. 2.3 de la Directiva o bien si compensasen situaciones reales de inactividad laboral de las madres, próximas al momento del parto. En los demás supuestos tanto hombres como mujeres deben ser considerados progenitores y ser tratados como iguales, so pena de reforzar los roles tradicionales de género. El otro argumento defendido por el Tribunal se refiere a la utilidad social de la medida: dichas ventajas económicas no ayudan a la igualdad de oportunidades de las mujeres ni remueven los obstáculos presentes en su vida laboral.

A diferencia de las acciones positivas referidas al empleo, que hemos comentado, las ventajas de Seguridad Social concedidas a las mujeres no son medidas preferenciales en relación a un determinado puesto de trabajo en un sector o profesión en que las mujeres se hallen infrarrepresentadas y sí, en cambio, es una opción política de redistribución de derechos sociales atendiendo al género y al hecho de que son las mujeres quienes mayoritariamente asumen la tarea de cuidados. Entre las distintas lógicas o finalidades a alcanzar en estos casos, sobresaldría la de compensar a las mujeres por la penalización que el modelo profesional-contributivo ejerce sobre ellas.

Este tipo de iniciativas, e independientemente de si son verdaderamente eficaces y redistributivas, contribuirían a mejorar las pensiones de las mujeres y a acortar situaciones de brecha en materia de pensiones, problemática que hunde sus raíces en las desigualdades estructurales más que en las jurídicas.

³⁹ Caso Posthuma-van Damme, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 1 de febrero de 1996, Asunto C-280/94.

⁴⁰ Caso Roks, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de febrero de 1994, Asunto C-343/92.

⁴¹ Caso Cachaldora, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13.

⁴² Caso Plaza Bravo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de noviembre de 2015, Asunto C-137/15

⁴³ Caso Kenny, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de febrero de 2013, Asunto C-427/11.

⁴⁴ Caso JämO, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98.

⁴⁵ Caso Griesmar, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Asunto C-366/99.

⁴⁶ Caso WA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de diciembre de 2019, Asunto C-450/18.

Se trata de cuestiones complejas de enjuiciar que requieren de una visión integral tanto del contexto institucional-legislativo en el que se adoptan como también del socio y cultural, y del cual no puede aislarse la norma en cuestión sometida a valoración judicial. Para aplicar el juicio de proporcionalidad, se tiene que valorar la adecuación o proporcionalidad de la medida en relación al objetivo perseguido por el legislador y para ello primero se requiere tener evidencias de cuál es el problema social o la brecha que se pretende acortar. Probablemente en estos casos sería deseable un diálogo entre Tribunales bajo el prisma del principio de subsidiariedad, de manera que las decisiones se tomaran lo más cerca posible de la ciudadanía⁴⁷.

El TJUE en su doctrina adopta, de nuevo y como ya vimos en las cláusulas referidas al empleo, una lógica de igualdad formal y bilateral en su doctrina, ignorando la dimensión colectiva de la desigualdad a corregir. No toma en consideración, en este sentido, la dimensión de género y la realidad fáctica de las mujeres cuidadoras.

Es cierto que el cumplimiento de estos fallos puede solventarse con la inclusión de los hombres cuidadores como beneficiarios de las prestaciones, como ha hecho el Estado español en aplicación de la doctrina del asunto WA. Si bien con esta solución, la finalidad originaria de la medida, la de acortar la brecha de las pensiones, quedaría claramente desvirtuada.

De fondo, emerge un doble y ya clásico dilema cuando se evalúa la dimensión de género de las acciones positivas en materia de Seguridad. Por exponerlo de forma sencilla, un primer dilema comportaría que cuando las medidas benefician a las mujeres en su dimensión de cuidadoras, y más si promueven su ausencia del mercado de trabajo, pueden contribuir a reforzar roles⁴⁸. Y el otro dilema es que dichas medidas- sobre todo si consisten en pensiones de jubilación o de invalidez- compensan desventajas en la asignación de recursos, pero no fomentan la igualdad de oportunidades, es decir, no contribuyen directamente a remover los obstáculos a la participación laboral de las mujeres. De nuevo nos situamos ante la prioridad, sobre la que tanto insiste el TJUE, de las medidas que fomenten la igualdad de oportunidades frente aquellas basadas en la igualdad de resultados.

En todo caso, parece que el TJUE indica a los legisladores nacionales el camino a seguir cuando hablamos de la legitimidad/justificación de las acciones positivas en materia de Seguridad Social: serían medidas que facilitasen la adquisición de derechos de Seguridad Social a las mujeres y hombres cuidadores que han interrumpido su actividad laboral por dicho motivo. Se trataría de medidas que promoviesen el empleo de las mujeres y que corrigiesen la penalización que infringe la aplicación estricta de las reglas de contributividad por los sistemas de Seguridad Social.

6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Es sabido que la atribución exclusiva y preferente de los permisos parentales a las mujeres tiene un claro impacto de género pues afecta a la distribución de los roles de cuidados. Y este hecho iría en contra del objetivo de incorporar a las mujeres a las relaciones laborales.

⁴⁷ PAGER, Sean (2003): “Strictness and Subsidiarity: an Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice”, *Boston College International Comparative Law Review*, vol. 26, N°1: p.43.

⁴⁸ McLEAN, Caitlin (2015), “Beyond Care: Expanding Feminist Debate on Universal Basic Income”, *WISE Working Paper*, N° 1.

Pero tampoco debe desconocerse la realidad social que subyace detrás de las políticas de conciliación, las cuales siguen teniendo como destinatarias de forma abrumadora a las mujeres.

Volviendo a las políticas de Seguridad Social es claro que la concesión generosa de ventajas de cotización a las personas que han interrumpido sus carreras profesionales para cuidar a los hijos, aunque puedan beneficiarse de ello tanto mujeres como hombres, puede tener un claro efecto desincentivador para la participación laboral de las mujeres; cuestión que se agrava si además el Estado no ofrece estructuras de cuidado suficientes.

No basta, pues, con una formulación neutra y simétrica de las políticas de cuidados para transformar realmente el reparto de los roles, sino que conviene dar prioridad a las cuestiones sustanciales sobre las puramente formales. Y ahí entran en escena otras políticas complementarias que fomenten la corresponsabilidad y que van desde la coeducación, la provisión de estructuras de cuidado asequibles y de calidad, etc.

Aunque compartan los mismos objetivos, las acciones positivas a favor de las mujeres en materia de empleo y de Seguridad Social obedecen a lógicas, en esencia, distintas: mientras en las primeras se pretende corregir la infrarrepresentación en las segundas prima una racionalidad compensadora o redistributiva de los derechos y prestaciones, ante la inequidad de género de los sistemas de Seguridad Social. En los casos de Seguridad Social no se trata de analizar medidas de preferencia hacia las mujeres en relación a un determinado puesto de trabajo o plaza de formación, pero sí en la asignación de derechos sociales.

Este tipo de iniciativas- como la del complemento de maternidad concedido por la Seguridad Social a las mujeres pensionistas que han sido madres- contribuiría a erradicar situaciones de brecha de género en las pensiones, fenómenos que hunde sus raíces en desigualdades estructurales más que en jurídicas.

Las acciones positivas son herramientas jurídicas fuertemente conectadas con la igualdad real o de hecho y que pretenden transformar desigualdades estructurales. Ante esta racionalidad, los Tribunales que las enjuician se mueven por terrenos más inestables e inseguros, y seguramente incómodos, ya que les alejaría de la lógica de la igualdad formal de carácter individual.

En los asuntos comentados, en que se enjuician medidas a favor de las mujeres, el TJUE aplica criterios de igualdad formal y elude tomar en consideración los contextos asimétricos de los cuidados o bien las especiales dificultades que experimentan las mujeres para acceder a determinados puestos de responsabilidad. El enfoque neutro y simétrico, ya comentado, de las políticas de conciliación se aprecia también en la jurisprudencia del TJUE sobre acciones positivas donde los criterios de igualdad formal acaban favoreciendo los derechos de los hombres, como sujetos discriminados o excluidos de un particular beneficio.

En todo caso, se trata de cuestiones complejas de evaluar si no se adopta una visión íntegra del contexto institucional- legislativo, pero del que no se puede aislar la norma en cuestión sometida a valoración judicial. En este sentido, me adhiero a lo que algunas autoras han llamado sobrevaloración de los hombres cuidadores⁴⁹.

⁴⁹ RIVAS VALLEJO, P. (2020): “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N° 1.

En mi opinión, cuando se enjuician ventajas a favor de las mujeres en la concesión de prestaciones de Seguridad Social no bastaría esgrimir el argumento de que estas medidas no favorecen la igualdad de oportunidades. Cuando se trata de pensiones, ya sea de jubilación o de invalidez, emergen otras finalidades que- independientemente de su oportunidad política- responden a otras finalidades igualmente legítimas, como es la de redistribución de rentas con equidad de género.