

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por José Fernando Lousada Arochena
Una reseña

El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es una obra, lindante a un auténtico Tratado sobre el derecho de la igualdad de género, que no ofrece un mero acercamiento desde este enfoque al ordenamiento jurídico social, bajo riesgo de quedar desfasado en poco tiempo por el devenir constante que caracteriza a esta área de conocimiento, sino que por el contrario Lousada Arochena deja con la misma un legado que pasa directamente a la categoría de referente científico ineludible para todo análisis que se desarrolle sobre la materia, con independencia de cuál sea la intensidad o rigurosidad con el que se aborde.

Como el propio autor declara, se trata de una monografía que aborda un análisis, “desde una óptica teórica dogmática, de las instituciones jurídicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres”, centrándose en su aplicación en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevando a cabo su estudio de manera paralela a la LOIEMH. En su materialización la obra ha sido estructurada en dos partes esenciales precedidas de una introducción, contando todas ellas de diversos capítulos.

El estudio inicia ofreciendo una evolución del concepto de igualdad desde la concepción clásica del principio de igualdad de mujeres y hombres,

transcurriendo por la prohibición de la discriminación sexista, hasta alcanzar la imperante perspectiva de género – Capítulo Primero –, lo que permite desembocar en cómo tal evolución ha repercutido en el ordenamiento jurídico español – Capítulo Segundo –.

Por lo que respecta al primer capítulo, en el mismo se pone de manifiesto la profundidad de los conocimientos de los que dispone el autor sobre la historia del pensamiento feminista. En efecto, una excelente construcción del principio de igualdad, prohibición de discriminación y transversalidad de género, que nos brinda la oportunidad de introducirnos sobre cómo se forjaron tales conceptos en el contexto del movimiento feminista, lo que resulta crucial para su posterior fusión con los aspectos jurídicos laborales. Todo lo anterior acompañado de una intensa revisión de los diversos documentos normativos de ámbito internacional, comunitario y europeo sobre la igualdad de sexos. Tal aproximación a la evolución ideológica y a los cambios del contexto jurídico desarrollados en torno a la igualdad entre mujeres y hombres, permite al autor culminar con la aportación de una calificación sobre las leyes de igualdad. Distingue entonces entre aquellas que denomina «clásicas» – basadas en la igualdad formal, y que pivotan sobre el sexo –, de aquellas otras que califica de «modernas» – basadas en la igualdad material, y que pivotan sobre el género –. Como hemos anticipado, esta parte introductoria cuenta con un segundo y último capítulo en el que analiza la repercusión de toda la construcción anterior sobre el sistema normativo español, especialmente centra su atención en el tratamiento que las mujeres reciben por parte de la Constitución Española y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, esto último como expresión del cambio de concepción operado desde la igualdad formal hacia la igualdad material en clave transversal.

La Parte Primera aborda “el contenido del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres”, requiriendo para su desarrollo de seis capítulos – del tercero al octavo –. Podemos observar como esta primera parte ha sido construida para ofrecer en los primeros capítulos una intensa construcción de los conceptos esenciales en materia de igualdad de género, manteniendo su constante contextualización en el derecho social; para en los últimos, centrar su atención en tres derechos concretos en los que tales concepciones adquieren su máxima virtualidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social – derechos relacionados con el acoso sexual o sexista, la maternidad y la conciliación –.

Como no podía ser de otra forma, el Capítulo Tercero se dirige al desarrollo de la configuración general del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. Analiza las dimensiones de este derecho desde la perspectiva constitucional, esto es, como valor como principio y como

derecho, así como, su contenido esencial, promocional y específico. De todos los aspectos sobre el derecho a la igualdad a los que destina su análisis, – tales como, la titularidad, o su universalidad objetiva y subjetiva –, lo cierto es que resulta destacable el estudio que realiza sobre su dimensión objetiva (o institucional). En tal apartado presenta al derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres como un valor superior del ordenamiento jurídico español y como un principio jurídico que presiona “sobre la parte normativizada de la igualdad, básicamente formada por derechos subjetivos, para su continua revisión y para su permanente mejora”. A este fenómeno de la dimensión objetiva o institucional de la igualdad le adjudica como denominación, la “fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos”.

Siguiendo con la construcción de los conceptos fundamentales en igualdad de género, el Capítulo Cuarto se dirige al estudio de la prohibición de la discriminación sexista directa e indirecta. En el estudio de cada una de estas modalidades se puede atisbar que en ambos casos se realiza un triple análisis: en primer lugar, estrictamente conceptual, en segundo término, la aplicación en el derecho social comunitario, y finalmente, su aplicación en el Derecho español del Trabajo y Seguridad Social. Estas dimensiones de estudio permite al lector disponer de un amplio material que, como ya hemos advertido, ofrece no únicamente un mero acercamiento a la igualdad y no discriminación sino su construcción y traslación al ordenamiento laboral nacional, disponiendo además en todo ello de la óptica comunitaria, esencial por la influencia constante que ejerce en la configuración de las normas nacionales. Consideramos especialmente destacable que junto a lo anterior, dedica un apartado a lo que él mismo designa como las “manifestaciones complejas del principio de igualdad de trato”, lo que no podemos sino calificar como una de las evidencias más genuinas de que estamos ante una obra que incorpora las más recientes e innovadoras construcciones en torno a la igualdad entre mujeres y hombres. Gracias a ello podemos aproximarnos a la dogmática de la discriminación múltiple o de la discriminación por asociación. Respecto de la primera indica el autor que lo relevante de su concepto “se encuentra en la idea de interseccionalidad, que, al sustentar la apreciación de la desigualdad en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación más que en la comparación de situaciones, supone un nuevo avance dogmático [...] que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato”. En cuanto a la discriminación por asociación, la misma queda caracterizada por la modificación de la referencia subjetiva del elemento comparativo, en la que tiene lugar “una suerte de contagio del

prejuicio existente contra la persona discriminada que sufren quienes con ella se relacionan”.

El Capítulo Quinto es el último que dedica su contenido a la construcción de los conceptos en torno a la igualdad, centrándose en esta ocasión en las medidas de acción positiva, participación equilibrada e igualdad de oportunidades. Un trascendental capítulo que permite, especialmente, discernir la confusión aún existente en cuanto a las medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades que Lousada Arochena supera exitosamente, como expresión máxima de la relevante aportación doctrinal con la que ha contribuido desde los inicios de su configuración conceptual, y que nos ofrece ahora de manera más pulida, si ello era posible, en esta obra. Finaliza este capítulo aportando ejemplos de medidas de igualdad de oportunidades en el ámbito social, ofreciendo con ello un trascendental material para completar la construcción dogmática de la misma. Entre ellos destaca: aquellas medidas dirigidas a la valoración del trabajo informal de las mujeres; la salud laboral en perspectiva de género; la pensión de viudedad; o, los derechos laborales de las víctimas de la violencia en la pareja.

Si como hemos señalado es posible advertir cierta línea divisoria en esta primera parte, los capítulos siguientes se focaliza en derechos concretos, como plasmación material de todo lo anterior en aquellos derechos sociales en los que la óptica género adquiere una mayor transcendencia. Así el Capítulo Sexto centra su atención en el derecho de las personas trabajadoras a un ambiente laboral sin acoso sexual o sexista. Se inicia entonces poniendo en primer plano la estrecha conexión existente entre género y violencia, y es que como afirma, “la mujer no sufre violencia por su sexo entendido como mera diferencia física sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo”. A partir de esta premisa el autor profundiza en los conceptos relacionados con este fenómeno, como son, el acoso sexual y el acoso sexista, el chantaje y el acoso ambiente, partiendo para ello del reconocimiento de la autonomía de la tutela de la violencia de género en el trabajo. Análisis que se realiza incluyendo diversas intersecciones, como son, el tratamiento del deber empresarial de protección, o la virtualidad del acoso de género como accidente de trabajo.

El Capítulo Séptimo analiza los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras, haciendo un recorrido histórico normativo del tratamiento que la misma ha recibido en el ordenamiento laboral y social, desde la evolución propia del concepto de igualdad, esto es, desde el contexto paternalista, transcurriendo por la óptica de la igualdad, hasta culminar su tratamiento desde la perspectiva de género. Lo anterior, trayendo en su

análisis la aportación normativa internacional y comunitaria, y respecto de esta última la importante construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia, en la medida en que la misma ha sido determinante en la formulación de este derecho a escala nacional; y como es lógico, destacando y analizando los distintos derechos laborales y de Seguridad Social conectados con la maternidad. De todas las relevantes aportaciones que realiza, centrándonos en la última de las dimensiones mencionadas, esto es, la maternidad en perspectiva de género, debemos destacar la argumentación que realiza en cuanto a la integración de la óptica de la salud junto con la óptica de la igualdad. Ambas, mantiene Lousada Arochena, deben “ser integradas a través de la construcción de un nuevo modelo de género donde la maternidad sea origen de auténticos derechos que salvaguarden la salud de las trabajadoras a la vez que garanticen que su decisión de ser madres no les supondrá ningún perjuicio”.

La Parte Primera se cierra con el Capítulo Octavo que analiza los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, materia cuyo estudio resulta de imperativo abordaje en una obra como la aquí reseñada. Entre los aspectos analizados, consideramos que el autor realiza una serie de aportaciones que contribuyen a que el tratamiento que ofrece sobre este derecho adquiera singularidad propia, y ello porque permiten avanzar en la construcción dogmática y científica sobre la visión de la conciliación en óptica de género en el ordenamiento jurídico español. De un lado, la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales, ofreciendo una sólida argumentación para la defensa de esta tesis, aunque advirtiendo que la misma se encuentra en construcción, “sin que, hasta el momento, se hayan conseguido perfilar todas las consecuencias de esa consideración”. De otro, la declaración de la progresiva expansión de los derechos de conciliación, tanto en su dimensión subjetiva – titulares –, causal, como objetiva. Fenómeno que lo considera derivativo de su reconocimiento como derecho fundamental.

La Parte Segunda de esta obra se denomina “la integración del derecho a la igualdad en la actividad jurídica”, y se encuentra constituida por cuatro capítulos – del noveno al duodécimo –, en los que se aborda la actuación de los distintos sujetos implicados en llevar a cabo la materialización de la igualdad entre mujeres y hombres.

El Capítulo Noveno se centra en la transversalidad de género, políticas públicas y relaciones laborales, y en el mismo se analiza aspectos diversos relacionados con la aplicación de la igualdad de género en la actuación de los poderes públicos. Entre sus contenidos se encuentra: el lenguaje no sexista; las estrategias de transversalidad – entre ellas, los planes de

igualdad o el informe de evaluación del impacto de género –; los instrumentos de la actividad administrativa de fomento aplicados a la igualdad, especialmente en el ámbito laboral – así, las subvenciones públicas, la publicidad institucional o el distintivo empresarial en materia de igualdad –; los instrumentos de la actividad administrativa de policía aplicados a la igualdad, especialmente en el ámbito laboral – entre los que se encuentran, la introducción de un proceso laboral de oficio relativo a la actuación inspectora de la igualdad –; y, finalmente, la formación de las personas prestadoras del servicio público, esto es, la formación inicial y continua que recibe el personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

A los instrumentos de integración de la igualdad en las empresas se dedica el Capítulo Décimo, por lo que el mismo pivota esencialmente en la integración de la igualdad a través de la negociación colectiva como expresión de que la transversalidad de género implica que la misma no “se puede quedar fuera de la efectiva aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres”. Este avance impulsado gracias a la LOIEMH, lleva a Lousada Arochena a analizar los diversos aspectos que constituyen la intersección de la igualdad en la negociación colectiva de las empresas. El deber de negociar, de adoptar medidas de igualdad, planes de igualdad, y acciones positivas, son minuciosamente tratados por el autor que nuevamente pone de manifiesto la solidez de sus conocimientos por encontrarse los mismos incardinados en el surgimiento y formulación de estos instrumentos. En este capítulo, además, se analiza el control de legalidad de los convenios colectivos, la integración de la igualdad a través de la responsabilidad social de las empresas, y finalmente las medidas de fomento de la igualdad en las empresas.

Los capítulos décimo primero y décimo segundo abarcan la protección jurisdiccional que recibe la igualdad de género.

En el Capítulo Décimo Primero partiendo de un análisis de la situación desde el derecho comunitario, centra su atención en la protección que recibe la igualdad de los sexos en la Ley de la Jurisdicción Social. Y es que esta Ley, en su última gran reforma que tuvo lugar en 2011, ha llevado a cabo un fortalecimiento de la tutela laboral de los derechos fundamentales que repercute en la tutela de la igualdad de género, y ello porque como bien declara el autor, procede a una “reestructuración del proceso laboral de amparo ordinario, que de ser un proceso solo pensado para la libertad sindical pasa a ser un proceso pensado para todos los derechos fundamentales, y a través de la extensión de las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales a las modalidades procesales especiales”. Por su parte, aunque íntimamente ligada al anterior, se dedica por su

relevancia, un capítulo específico a la flexibilización de la prueba de la discriminación por razón de sexo. En efecto, el Capítulo Décimo Segundo realiza un exhaustivo recorrido por la jurisprudencia comunitaria y constitucional que construyeron este instrumento, hasta su adopción por la LOIEMH en su artículo 13.1, y posterior plasmación en la actual LJS. La inversión de la carga de la prueba viene acompañada igualmente de un estudio de los mecanismos que activa y refuerza su puesta en práctica. Nos referimos al dictamen de los organismos públicos competentes, cuyas utilidades probatorias hacen plausible la generalidad con la que regula – así, para verificar la existencia de impacto adverso sobre el colectivo femenino en los supuestos de discriminación sexista indirecta, la justificación de una medida de acción positiva, y para acreditar el igual valor de los trabajos sometidos a una comparación, a los efectos de verificar si existe discriminación retributiva –; también, la prueba estadística – que, como bien indica, son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba, aunque su aportación no es una exigencia –; y finalmente, la declaración de la víctima en el juicio de acoso sexual – aunque advirtiendo que dado la casuística, resultará necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto –.

Estamos ante una obra esencial para conocer con profundidad el derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres *per se*, como en su transposición al ordenamiento social, y ello tanto para entender la elaboración, como la aplicación e interpretación de las normas que lo constituyen, siendo, en definitiva, un extenso trabajo de calidad irrefutable que permite iniciar, consolidar y enriquecer los conocimientos de todos aquellos interesados por la consecución plena de la igualdad de género, en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

María Angustias Benito Benítez*

* Becaria de Investigación (FPU) de la Universidad de Cádiz en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, mangustiasbenito@gmail.com.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo