

8. La configuració de la igualtat entre les dones i els homes

Teresa Freixes San Juan

Doctora en dret per la Universitat de Barcelona (UB). Catedràtica de dret constitucional a la UAB i catedràtica Jean Monnet de dret constitucional europeu.

Tal com està reconeguda en la Constitució, tenint en compte que com que és dret fonamental ha de ser interpretada d'acord amb els tractats i els convenis internacionals ratificats per Espanya (article 10.2 CE) i que el dret comunitari també conté regulacions precises de la igualtat entre les dones i els homes, cal efectuar una anàlisi integral d'aquesta manifestació de la igualtat per tal de configurar-la d'acord amb els paràmetres constitucionals i europeus.

En aquest sentit, la igualtat entre les dones i els homes de l'article 23 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea, que s'integra als mandats constitucionals d'igualtat i no-discriminació, és un dret fonamental que té dos àmbits d'acció.

En primer lloc, com a conseqüència d'haver estat reconeguda «en tots els àmbits» (article 23.2 CDF) i d'acord amb els articles 2 i 3 TCE, la igualtat entre les dones i els homes té un caràcter transversal en tota reglamentació jurídica i en tota acció política (la transversalització de gènere). Com a complement, en la interpretació de la igualtat com a dret fonamental, un ampli àmbit d'aplicació, també transversal, però restringit als drets reconeguts al Conveni Europeu de Drets Humans i els seus protocols vigents, queda reforçat per l'article 14 d'aquest Conveni i la jurisprudència emesa pel Tribunal d'Estrasburg sobre el mateix Conveni. Per la seva banda, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea també ha afirmat la configuració jurídica de la igualtat entre les dones i els homes com a dret fonamental, en connexió amb situacions jurídiques diverses, i ha reconegut que la prohibició de qualsevol forma de discriminació prohibeix també les discriminacions indirectes i ha acceptat la inversió de la càrrega de la prova en els plets en què s'al·lega discriminació. Aquest caràcter transversal ha originat l'elaboració de criteris interpretatius en sentit ampli, que han de ser seguits en l'aplicació i interpretació de les manifestacions específiques de la igualtat i la no-discriminació.

A més, a partir de les previsions normatives concretes i tenint en compte les clàusules horitzontals de la Carta, la igualtat entre les dones i els homes presenta manifestacions específiques, entre les quals destaquem: la igualtat de remuneracions, la igualtat de tracte a la feina, la igualtat de tracte a la seguretat social, la igualtat de tracte en relació amb els treballadors i treballadores independents, la igualtat de drets en el matrimoni, la protecció de l'embaràs, el permís de maternitat, els permisos parentals, la conciliació entre

la vida professional i la familiar, el treball a temps parcial, la dignitat a la feina i la prohibició de l'assetjament sexual, les accions positives en l'àmbit professional, la participació equilibrada en la presa de decisions, la imatge de cadascun dels sexes en els mitjans de comunicació i la publicitat, la cooperació per al desenvolupament, la ciència i l'educació i la formació professional, la violència i l'explotació sexual i la perspectiva de gènere en els fons estructurals.

En tots els àmbits d'aplicació de la igualtat també cal tenir en compte que les normes reguladores poden tenir, segons la seva naturalesa jurídica, un caràcter vinculant (*hard law*) o un valor orientatiu (*soft law*).

Entre les primeres, en l'àmbit intern, cal esmentar les constitucions, les lleis i els reglaments, així com les sentències amb força de llei i els convenis internacionals ratificats i publicats oficialment, a més del dret comunitari. Això no obstant, en relació amb aquest darrer, cal assenyalar que no totes les normes tenen aquest caràcter aplicatiu, ja que només són vinculants els tractats, els reglaments i les directives, les decisions i les sentències del Tribunal de Justícia, així com els tractats internacionals ratificats per la Unió Europea, la Comunitat Europea o els Estats membres.

Com a normes d'orientació de les polítiques, tant comunitàries com dels Estats membres, podem assenyalar les recomanacions i les resolucions comunitàries, així com les d'altres organitzacions internacionals com ara les Nacions Unides i el Consell d'Europa, incloent-hi les sentències i els dictàmens dels seus òrgans de control, als quals hem de recórrer perquè són suggeriments indicats en l'àmbit d'aplicació de les disposicions horitzontals de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea.

En aquest sentit, d'acord amb aquestes disposicions horitzontals, la igualtat entre les dones i els homes s'ha d'interpretar de manera que no es destrueixi el grau de protecció o estàndard ofert per:

- El dret comunitari: especialment l'article 6 TUE, que remet als drets del Conveni Europeu de Drets Humans i a les tradicions constitucionals comunes als Estats membres com a principis generals del dret comunitari, les disposicions del Tractat de la Comunitat Europea en relació amb la igualtat entre les dones i els homes tal com va ser incorporada pel Tractat d'Amsterdam i, en el seu respectiu àmbit d'aplicació, les directives, les decisions, les recomanacions i les resolucions, així com les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea relatives a les diverses manifestacions jurídiques de la igualtat.
- Els convenis del Consell d'Europa, entre els quals destaquen sobretot el Conveni Europeu de Drets Humans de 1950, especialment l'article 14 i les respectives sentències del Tribunal d'Estrasburg, així com les disposicions en matèria d'igualtat de la Carta social europea revisada.

- Els convenis de les Nacions Unides, sobretot el Conveni sobre els Drets Polítics de la Dona; les disposicions sobre igualtat i no-discriminació del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, interpretats mitjançant els informes emesos pels respectius comitès de control de vigilància; la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona i, també, els dictàmens del seu Comitè de Control.
- Les disposicions de les constitucions dels Estats membres en relació amb la igualtat i la no-discriminació, en l'àmbit de les tradicions constitucionals comunes envers la Unió Europea i els Estats membres en el seu conjunt i, també, en l'àmbit d'aplicació de cada constitució als respectius Estats membres.

Tenint en compte el conjunt d'aquestes regulacions, per interpretar correctament la igualtat entre les dones i els homes es necessitarà, subsegüentment, tenir en compte el grau de protecció o estàndard més elevat, obtingut de la interpretació sistemàtica de les disposicions de les normes abans esmentades.

Així doncs, caldrà, en primer lloc, configurar l'abast general que pot presentar la igualtat entre les dones i els homes i, posteriorment, determinar les manifestacions específiques de la igualtat.

La igualtat entre les dones i els homes: construccions interpretatives generals

La igualtat entre les dones i els homes presenta una dimensió general que es pot deduir del conjunt de les normes que, a partir de les clàusules horitzontals assenyalades, es pot configurar mitjançant diverses construccions jurídiques: la transversalitat o tècnica de la transversalització, el *test* o escrutini sobre la igualtat i la no-discriminació, la prohibició de discriminacions indirectes i la inversió de la càrrega de la prova.

La transversalització o la igualtat transversal

Els tractats comunitaris regulen la igualtat entre les dones i els homes mitjançant una configuració complexa. El Tractat d'Amsterdam inclou la igualtat des de diferents manifestacions jurídiques. En l'article 2 TCE, la igualtat constitueix una missió de la Comunitat. En l'article 3 TCE, la igualtat és un mitjà d'acció per aconseguir els fins de l'article 2 i un objectiu que ha de ser present en totes les polítiques comunitàries. L'article 13 TCE permet a les institucions comunitàries, en el seu respectiu àmbit competencial, l'adopció de mesures dirigides a la lluita contra tota discriminació per raó de sexe o d'orienta-

ció sexual. D'aquesta manera, amb aquestes previsions del Tractat d'Amsterdam, les recomanacions de la Declaració i la Plataforma d'Acció de la IV Conferència de les Nacions Unides sobre la Dona, que va tenir lloc a Pequín el setembre de 1995, s'han introduït en el dret comunitari i, subsegüentment, en l'ordenament jurídic dels Estats membres de la Unió.

D'altra banda, cal assenyalar que, com a conseqüència del reenviament realitzat per l'article 6 TUE al Conveni Europeu dels Drets Humans i a les tradicions constitucionals comunes, com a principis generals del dret comunitari, que la Unió ha de garantir i preservar, ens trobem una altra vegada davant la igualtat i la no-discriminació com a dret fonamental estretament lligat, en la seva interpretació i aplicació, als drets fonamentals de la Carta.

D'aquesta manera, el dret comunitari formalitza, de manera vinculant, la perspectiva de gènere o igualtat transversal com un instrument que necessàriament ha de ser utilitzat en l'elaboració, la interpretació i l'aplicació de totes les normes i totes les polítiques comunitàries.

La Comissió Europea ha definit la igualtat transversal com a fonament de la democràcia i lamenta les insuficiències que encara hi ha respecte de la igualtat d'oportunitats, així com les confusions conceptuals que encara són presents en relació amb la dimensió transversal de la igualtat. En efecte, la transversalitat, lluny de poder ser considerada un mitjà per promoure únicament els drets de les dones, ha de ser concebuda com un instrument per mobilitzar explícitament, cap a l'objectiu de la igualtat, el conjunt de les accions i polítiques generals.

Des d'aquesta perspectiva, la introducció de la transversalització de gènere, la igualtat d'oportunitats o la igualtat transversal en les polítiques públiques, d'acord amb les orientacions comunitàries, ha de ser realitzada mitjançant l'aplicació de certs indicadors, els quals han estat ja prefigurats des de les Nacions Unides o la mateixa Unió Europea, diverses agències especialitzades, el Banc Mundial, el Consell d'Europa i altres organismes internacionals. Entre aquests indicadors, podem suggerir els següents:

- Desagregació per sexe de tota dada estadística, com a instrument previ, perquè l'anàlisi de gènere sigui correcta.
- Utilització d'un llenguatge pertinent des de la perspectiva de gènere, ja que de vegades s'haurà de «neutralitzar» el llenguatge mentre que, altres vegades, caldrà utilitzar un llenguatge «sexeespecífic».
- Investigació sobre la utilització dels recursos per part dels dos sexes, per determinar de manera dividida la utilització del temps, de l'espai, dels diners, de la informació, etc., a cadascuna de les polítiques públiques.

- Examen de la configuració dels estereotips socials i de les expectatives professionals per a cada sexe, per tal de verificar-ne el grau d'influència en la situació real de cadascun en relació amb una política concreta.
- Anàlisi de les normes jurídiques en vigor i de la jurisprudència per determinar si tenen o no incidència en la situació real de les dones i els homes.
- Implantació de normes de caràcter pressupostari i financer, per aplicar la transversalització a tots els àmbits, ja que altrament la política d'igualtat d'oportunitats resulta impracticable.
- Avaluació de l'impacte de gènere de les normes i les polítiques per verificar l'adequació de la legislació, la jurisprudència i la pràctica administrativa a les exigències de la igualtat.

Aquesta dimensió integral de la igualtat ha estat reafirmada en l'estratègia en el marc comunitari que ha proposat la Comissió Europea en matèria d'igualtat entre les dones i els homes, així com en el V Programa d'acció comunitari, adoptat pel Consell per als anys 2000-2005.

El test o escrutini sobre la igualtat i la no-discriminació

Així doncs, la perspectiva de gènere és adoptada com a criteri general en la interpretació i aplicació de les normes i en la implantació de les polítiques. En aquest sentit, cal precisar que el concepte inclou diferents perspectives, sobretot quan cal atorgar un tracte igual o quan, amb la finalitat d'assolir la igualtat real, cal impulsar diferències de tracte que no siguin discriminatòries, incloent-hi les accions positives. En principi, per a situacions iguals en si mateixes, s'imposa la igualtat de tracte. Però gairebé mai som davant de situacions idèntiques, sinó que tenim situacions semblants o amb un cert grau de similitud. En aquests últims casos, cal determinar el grau o la intensitat de possibles diferències de tracte, dins de les raonables i no discriminatòries.

En aquest sentit, el test o escrutini sobre la igualtat i la no-discriminació prefigurat pel Tribunal Europeu dels Drets Humans és especialment remarcable i pertinent. El Tribunal l'ha elaborat a partir de l'aplicació de l'article 14 CEDH, que garanteix la igualtat en el gaudi dels drets reconeguts pel Conveni. Cal indicar que, des de les seves primeres sentències, el Tribunal ha determinat l'àmbit d'aplicació de l'article 14 CEDH en el sentit de la no-discriminació (*without discrimination*) de la versió anglesa, per afirmar que l'article 14 CEDH no impedeix tota diferència de tracte. Per veure-ho en assumptes concrets, el Tribunal construeix la seva anàlisi sobre tres punts:

- L'existència de situacions comparables: si les situacions són idèntiques, s'imposa la igualtat de tracte, i si les situacions no tenen cap grau de comparació possible,

allò que s'imposa és el tracte diferent. Així doncs, per aplicar el test ens hem de trobar davant de situacions veritablement comparables, amb indicis de precisar una certa diferència de tracte.

- La pertinència del tracte diferent: la diferència de tracte s'ha de justificar mitjançant raons objectives i compatibles amb els principis, generalment reconegudes en una situació democràtica.
- El principi de proporcionalitat: la diferència de tracte ha de ser proporcional a les causes que l'originen i a les finalitats perseguides, i la proporcionalitat també ha de ser present en els mitjans utilitzats per a aquest fi.

Si els tres punts del *test* o *escrutini* resulten positivament avaluats, la diferència de tracte no és discriminatòria i és compatible amb les exigències de l'article 14 CEDH. Aquest *escrutini*, que també és utilitzat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea i pels tribunals constitucionals dels Estats membres, permet determinar la pertinència de les normes incidents a la igualtat i la no-discriminació, la seva aplicació pels poders públics i els particulars, i la seva interpretació i aplicació judicial. Resulta també especialment útil per a la posada en pràctica de la transversalització de gènere en l'elaboració de les notes, de les sentències, dels actes administratius i de les polítiques públiques, així com en l'adopció justificada de mesures d'acció positiva, ja que permet determinar les situacions en què cal aplicar la igualtat de tracte i, alhora, justificar, si escau, la graduació de les diferències de tracte en un sentit no discriminatori.

La prohibició de les discriminacions indirectes

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea és qui ha consagrat la prohibició de les discriminacions indirectes com a discriminacions no declarades i no manifestades literalment, però que poden ser a les normes, a les sentències, als actes administratius o a les activitats privades, no sent directament discriminatòries en aparença, però produint en la pràctica efectes discriminatoris.

El Tribunal de Justícia considera discriminatòries les diferències que no es poden explicar mitjançant elements objectius i raonables i, per tant, només poden ser compreses, malgrat que no s'expliciten expressament, com a resultat d'una discriminació per raó de sexe (assumpte Stad Lengerich i d'altres contra Angelica Helmig i d'altres (C-399/1992) i assumptes Seymour Smith i Perez contra el Regne Unit (C-167/1007)).

D'aquesta manera, el Tribunal ha considerat discriminació indirecta per raó de sexe una clàusula d'un conveni col·lectiu en què el treball a temps complet predeterminava la promoció professional, ja que la major part de les dones de fet hi treballaven a temps parcial (assumpte H. Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg (C-184/89)).

La inversió de la càrrega de la prova

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea també ha establert la inversió de la càrrega de la prova quan s'interposa una demanda judicial al·legant discriminació per raó de sexe. El Tribunal afirma que en aquests casos és l'empresa i no el treballador o la treballadora qui ha de provar les seves al·legacions, incloent-hi les discriminacions indirectes. Des d'aquesta perspectiva, el que cal provar no és que s'ha estat discriminat, sinó que no hi ha cap discriminació, ni directa ni indirecta (assumpte Nils Draehmpaehl contra Urania (C-180/1995)).

Amb aquesta jurisprudència consolidada, la Directiva del Consell 97/80/CE, de 15 de desembre de 1997, imposa la càrrega de la prova a la part demandada a tots els litigis relatius a assumptes de discriminació fundada sobre el sexe, ja sigui en la jurisdicció social, administrativa o civil.

Les manifestacions específiques de la igualtat

Tant el dret comunitari com el produït pels estats contenen regulacions específiques sobre la igualtat. En relació amb la igualtat entre les dones i els homes, el dret comunitari contenia, fins al Tractat d'Amsterdam, una única referència: la igualtat de l'antic article 119 TCE, que establia la igualtat de remuneracions entre els treballadors masculins i femenins per un mateix treball. Això no obstant, aquesta succinta regulació és a l'origen d'una àmplia legislació i jurisprudència en relació amb diverses manifestacions específiques de la igualtat, la importància de les quals no ha deixat d'augmentar fins als nostres dies.

A partir de l'article 23 de la Carta de drets fonamentals, i en el sentit del seu article 53, amb tots els seus reenviaments al dret comunitari, al Conveni Europeu de Drets Humans i les constitucions dels Estats membres, en concordança amb l'article 6 TUE i els seus reenviaments respectius al Conveni Europeu de Drets Humans i les tradicions constitucionals comunes, la igualtat entre les dones i els homes presenta diverses manifestacions específiques. Totes estan regulades per diverses classes de normes, que tenen un valor precís i determinat, com a *hard law* o valor jurídic vinculant, la violació del qual és objecte de sanció, o com a *soft law* o valor jurídic orientatiu, molt útil per al legislador o la legisladora, el jutge o la jutgessa o l'Administració, però difícilment garantit mitjançant els instruments clàssics oferts per l'ordenament jurídic comunitari. Des d'aquesta perspectiva caldrà determinar les manifestacions vinculants de la igualtat entre els tractats, els reglaments i les directives, i les sentències del Tribunal de Justícia relatives a aquestes especificitats. Això no obstant, no em referiré a totes a les manifestacions de la igualtat, sinó que em centraré en les que opino que són singularment rellevants en el context d'aquest treball.

La igualtat de remuneracions

Directament inscrita a l'article 141 TCE, la igualtat de remuneracions entre les dones i els homes inclou la garantia d'un salari igual per un treball d'igual valor. L'article 16 de la Carta comunitària dels drets socials fonamentals dels treballadors exigeix, al seu torn, aquesta igualtat de remuneracions.

El Tribunal de Justícia ja havia adoptat un criteri interpretatiu sobre l'antic article 119 TCE, que establia la igualtat de remuneracions entre les dones i els homes per un mateix treball, amb la consideració que les paraules mateix treball havien de ser interpretades també com a *treball del mateix valor* (assumpte Stad Lengerich i altres contra Angelia Helmig i altres (C-149/77), a més de molts altres). En l'assumpte Douglas Harvey Baber contra Guardian Royal Exchange Assurance Groups (C-262/88), el Tribunal va indicar que la igualtat de remuneracions ha de ser garantida per a cada element de la retribució i no únicament en una apreciació global de l'import del salari percebut pels treballadors i treballadores.

Aquesta fórmula, *treball del mateix valor*, ha estat introduïda al Tractat d'Amsterdam mitjançant la modificació de l'antic article 119 TCE (relatiu a la igualtat de remuneracions per a un mateix treball) per afirmar un estàndard més elevat, en el sentit de les normes internacionals abans esmentades. D'aquesta manera, l'article 141.4 TCE garanteix la igualtat de retribucions no només per un mateix treball, sinó també per un treball d'igual valor.

L'antic article 119 TCE havia estat desenvolupat per la Directiva 75/117/CE, de 19 de febrer de 1995, amb la previsió de l'acostament de les legislacions dels Estats membres relatives a l'aplicació del principi d'igualtat de remuneracions entre treballadors masculins i treballadores femenines, introduint el concepte, consagrat pel Tribunal de Justícia, de *salari igual per un treball d'igual valor*. En l'assumpte Brunnhofer (C-381/99), el Tribunal va precisar com interpretar les previsions d'aquesta directiva.

La igualtat de remuneracions per un mateix treball i un treball d'igual valor també està inscrita en els articles 4.3 i 20.c de la Carta social europea revisada; en l'article 11.1 de la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona; en l'article 7.a del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, i en la Convenció (n. 100) de l'Organització Internacional del Treball.

D'altra banda, com a disposició d'orientació, el 17 de juliol de 1996 la Comissió va adoptar un Codi de conducta que conté recomanacions per a l'aplicació d'aquest principi (COM (96) 336). La Resolució del Parlament Europeu, de 20 de setembre de 2001, sobre una remuneració igual per un treball del mateix valor (2000/2312 (INI), (A5-0275/2001)), fa una crida a les institucions comunitàries perquè adoptin mesures per tal de posar fi a les persistents desigualtats encara presents en aquest àmbit.

La Declaració Universal dels Drets Humans, per la seva part, estableix, en el seu article 23.2, que tota persona té dret, sense cap discriminació, a un salari igual per un treball igual.

La igualtat en l'ocupació i el treball

L'article 137.i TCE afirma que la Comunitat donarà suport i completarà l'acció dels Estats membres en l'àmbit de la igualtat entre les dones i els homes pel que fa a les oportunitats al mercat de treball i el tracte a la feina.

La Directiva 2002/73/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de desembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consell, relativa a la posada en pràctica del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa a l'accés a l'ocupació, a la formació i a la promoció professionals i a les condicions de treball, ha posat al dia les noves necessitats actuals de la igualtat en aquest àmbit incloses al Tractat d'Amsterdam. La Carta comunitària de drets socials fonamentals dels treballadors inclou la igualtat de tracte en l'accés a l'ocupació i les condicions de treball a l'article 16; també la decisió del Consell, de 13 de març de 2000, sobre les línies directrius per a les polítiques d'ocupació dels Estats membres.

El Tribunal de Justícia ha dictat un gran nombre de sentències en què inclou l'accés a l'ocupació i les condicions de treball en el marc de la igualtat d'oportunitats entre les dones i els homes, per exemple en l'assumpte Carole Louise Webb contra EMO Air Cargo (C-32/93); en l'assumpte Onem contra Madeleine Minne (C-13/93); en l'assumpte Ministeri Públic contra Stoeckel (C-345/89); en l'assumpte Rummer contra Dada-duckk (C-237/85), o en l'assumpte Johnson contra Chiel constable of the Royal vester constabulary (C-222/84).

El Tribunal ha precisat, en l'assumpte Royal Marines (C-273/97), que les autoritats nacionals poden fer ús del seu marge de discrecionalitat per reservar únicament als homes l'accés a cossos militars singulars només pel que fa a les condicions específiques d'intervenció d'aquestes unitats com a comandos d'assalt, i en l'assumpte Dreil contra Alemanya (C-256/98), que l'exclusió total de les dones de tota ocupació militar que comporti la utilització d'armes no està coberta pel marc de les diferències de tracte admeses per raons de protecció de la dona.

En relació amb el treball nocturn, el Tribunal afirma, en l'assumpte Stoeckel (C-345/98), que els Estats membres no poden prohibir el treball nocturn a les dones, fins i tot si aquesta prohibició comporta excepcions, quan no hi hagi cap prohibició del treball nocturn per als homes.

Cal recordar també que la igualtat entre les dones i els homes en l'ocupació i les condicions del treball també està inscrita en l'article 11.1.a, b i c de la Convenció contra totes

les Formes de Discriminació en contra de la Dona. El Pacte Internacional sobre els Drets Econòmics, Socials i Culturals exigeix, de manera genèrica, la igualtat entre les dones i els homes en l'exercici dels drets compresos en el seu àmbit (article 3), entre els quals el dret al treball (article 6) i a les condicions del treball (article 7).

La Carta social europea revisada també regula, en l'article 20, el dret a la igualtat d'oportunitats i de tracte en matèria d'ocupació i de professió, sense discriminació per raó de sexe.

En aplicació de l'article 14 del Conveni Europeu dels Drets Humans, el Tribunal d'Estrasburg també s'ha pronunciat sobre la igualtat en l'ocupació. En l'assumpte Karlheinz Schmidt contra Alemanya ha considerat que no es pot exigir la prestació de serveis determinats, com ara el de bomber, únicament als homes.

D'altra banda, entre la legislació d'orientació es pot assenyalar la Resolució del Consell, de 7 de juny de 1984, relativa a les accions dirigides a combatre la desocupació de les dones; la Resolució del Consell, de 16 de desembre de 1988, relativa a la reintegració professional i la integració professional tardana de les dones; la Resolució del Consell i dels representants dels governs dels Estats membres reunits en el si del Consell, del 6 de desembre de 1994, relativa a la participació equilibrada de les dones en una estratègia de creixement econòmic orientat cap a la intensificació de l'ocupació en el si de la Unió Europea, i la Recomanació del Consell, de 14 de febrer de 2000, relativa a la posada en pràctica de les polítiques d'ocupació als Estats membres. L'Agenda per a la política social també conté indicacions en aquest sentit.

La igualtat de tracte en la seguretat social i en l'ajuda social

La igualtat de tracte en relació amb les diferents previsions de la seguretat social es preveu, en el dret comunitari vinculant, en la Directiva del Consell 79/7/CE, de 19 de desembre de 1978, i la Directiva del Consell 86/378/CE, de 24 de juliol de 1986 (modificada per la Directiva 96/97/CE, de 20 de desembre de 1996), relatives a la progressiva realització del principi d'igualtat de tracte entre els homes i les dones en matèria de seguretat social. La Carta comunitària de drets socials fonamentals dels treballadors inclou la protecció social entre les accions en què la igualtat entre les dones i els homes ha de ser garantida (article 16).

En general, el Tribunal de Justícia exigeix, des de l'assumpte Defrenne contra Bèlgica (C-80/70 - Defrenne III) fins a, més recentment, l'assumpte Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group (C-262/88) o l'assumpte Griesmar (C-366/99), la igualtat de tracte entre les dones i els homes pel que fa a les pensions de jubilació. Pot ser que temporalment s'acceptin algunes excepcions, de manera ocasional, si es fonamenten en

motius aliens al sexe (assumpte Dietz, C-435/93). En l'assumpte Gardland contra British Rail (C-12/81), el Tribunal disposa que les ajudes socials, en aquest cas avantatges en matèria de transport, són discriminatòries si es concedeixen només als empleats jubilats del sexe masculí.

L'assumpte Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trans Ltd. (C-249/96) justifica, sobre la base que en el dret comunitari, de moment, les relacions estables fora del matrimoni entre persones del mateix sexe no tenen el mateix estatus jurídic que les parelles heterossexuals, que no es pot considerar discriminatòria la negativa d'atorgar un plus de transport a favor d'una persona del mateix sexe que tingui una relació estable amb el beneficiari directe de la reducció. Això no obstant, cal tenir en compte que les disposicions de l'article 13 del Tractat d'Amsterdam, que prohibeixen les discriminacions per raó d'orientació sexual, han canviat la jurisprudència del Tribunal de Justícia en aquest àmbit.

Des d'una altra perspectiva, en l'assumpte Lommers (C-476/99) el Tribunal de Justícia ha acceptat els avantatges a les dones en l'accés dels fills i filles a les places d'escoles bressol subvencionades com a no discriminatòries si, alhora, aquest accés també està permès als homes que tenen cura ells mateixos dels seus fills i filles.

El Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals inclou el dret a la seguretat social en l'article 9, el qual, d'acord amb l'article 3 del mateix Pacte, ha de ser garantit de manera igual als homes i les dones. La Convenció per a l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona reconeix a les dones el dret a la seguretat social sense discriminació i en condicions iguals que els homes, especialment en matèria de jubilació, de desocupació, de malaltia, de discapacitat, de vellesa o d'una altra incapacitat per treballar, així com el dret a les vacances remunerades (article 11.1.3 de la Convenció).

L'article 14 del Conveni Europeu dels Drets Humans, en connexió amb l'article 1 del Protocol Addicional a la Convenció, constitueix el fonament de la sentència del Tribunal d'Estrasburg per la qual es disposa que les ajudes econòmiques familiars han de ser atorgades en condicions d'igualtat a homes i dones (assumpte Van Raalte contra els Països Baixos).

La Carta social europea revisada també afirma el dret a la igualtat d'oportunitats i de tracte, sense discriminació per raó de sexe, pel que fa la protecció contra l'acomiadament (article 20.a).

La conciliació entre la vida familiar i la vida professional

En la seva accepció general, la conciliació entre la vida familiar i professional constitueix una manifestació de la igualtat entre les dones i els homes que s'invoca en diversos instruments jurídics internacionals i europeus.

De manera vinculant, el Reglament 1260/1999, de 21 de juny de 1999, relatiu a les disposicions generals sobre els fons estructurals, estableix que la Unió i els Estats membres han de procurar que les accions dels fons i les altres polítiques comunitàries siguin coherents amb la igualtat transversal, incloent-hi la conciliació entre la vida familiar i la vida professional. La Directiva 93/104/CE del Consell, de 23 de novembre de 1993, relativa a l'organització del temps de treball, ha estat completada, en alguns aspectes concrets de la conciliació, per la Directiva 97/81/CE del Consell, de 15 de desembre de 1997, relativa a l'acord marc sobre el treball a temps parcial signat per les diferents organitzacions socials (sindicats i patronals) d'àmbit europeu, per tal d'impulsar la igualtat i no-discriminació en l'àmbit del treball a temps parcial. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea, per la seva part, en l'assumpte Lommers abans esmentat, va establir, com hem vist, determinades condicions a l'accés a les places subvencionades d'escola bressol. L'article 33 de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea, per la seva banda, inclou en l'àmbit de la conciliació la protecció contra tot acomiadament originat per motius relacionats amb la maternitat, el dret de la dona a un permís de maternitat retribuït i el dret de pare i mare a un permís parental després del naixement o l'adopció de criatures.

Quant a la legislació d'orientació i als programes d'acció comunitaris, podem esmentar la Carta comunitària dels drets socials fonamentals dels treballadors, que estableix, en l'article 16.3, que és convenient desenvolupar mesures que permetin a les dones i als homes una millor conciliació entre les seves obligacions professionals i familiars. També la introducció de la conciliació a l'Agència per a la Política Social (Comunicació de la Comissió COM (2000) 379 final); els acords del Consell de Lisboa del 23 i 24 de març de 2000 amb la integració de mesures de conciliació en l'estratègia global comunitària; la Resolució del Consell i dels ministres de Treball i d'Afers Socials (3001073102), de 29 de juny de 2000, relativa a la participació equilibrada dels homes i les dones en l'activitat professional i la vida familiar; la Nota del Comitè de Representants Permanents (13481/00 LIMITI SOC 437), de 17 de novembre de 2000, insistint en la promoció d'una millor articulació de les responsabilitats professionals i familiars; les mesures indicades al V Programa d'acció comunitari sobre l'estratègia en relació amb la igualtat entre les dones i els homes per als anys 2001-2005; la inclusió de la conciliació a la Recomana- ció del Consell (2002/178/CE), de 18 de febrer de 2002, sobre l'aplicació de les polítiques de treball als Estats membres, i la Resolució del Parlament Europeu, de 28 de gener de 1999, sobre la protecció de la família i dels infants (B4-0800/1988, A4-0004/1999, R4-0004/1999). El llibre verd Partenariat per a una nova organització del treball (COM (97) 128), de 16 d'abril de 1997, conté una reflexió sobre la incidència de les mesures de conciliació en l'organització del treball.

En el marc de les Nacions Unides, l'article 5 de la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona obliga els estats signataris a garantir el re-

coneixement de la responsabilitat comuna d'homes i dones pel que fa a l'educació i al desenvolupament dels seus fills i filles. I, en la legislació d'orientació, la Recomanació 165, de 23 de juny de 1981, sobre la igualtat de tracte entre treballadors i treballadores amb responsabilitats familiars, inclou diverses previsions relatives a les mesures de conciliació entre la vida professional i la vida familiar.

L'Organització Internacional del Treball, per la seva banda, ha adoptat la Convenció 156, de 23 de juny de 1981, sobre els treballadors amb responsabilitats familiars, a partir de la qual els estats estan obligats a adoptar mesures per fer efectiva la conciliació.

En el marc del Consell d'Europa, la Carta social europea revisada disposa, en l'article 27.1.b, que cal tenir en compte les necessitats dels treballadors amb responsabilitats familiars pel que fa a l'organització de les condicions del treball, i en l'article 27.1.c, l'obligació dels estats signataris per desenvolupar o promoure serveis, públics o privats, en particular els serveis d'escola bressol diürna per a les criatures o altres models de custòdia en aquest sentit. A la legislació d'orientació podem assenyalar la Recomanació (96) 5 del Comitè de Ministres, de 18 de juny de 1996, sobre la conciliació entre la vida familiar i professional.

L'organització pertinent del treball a temps parcial

La Directiva 97/81/CE del Consell, de 15 de desembre de 1997, relativa a l'acord marc sobre el treball a temps parcial signat per UNICE, CEEP i CES, posa èmfasi sobre el fet que les disposicions de l'acord marc han de ser adoptades d'acord amb el principi d'igualtat entre les dones i els homes (clàusula 5.4).

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ja havia advertit, fa unes quantes dècades, que el treball a temps parcial podia violar el principi de no-discriminació per raó de sexe; de fet, va pronunciar diverses sentències sobre el tema. En l'assumpte Jenkins contra Kingsgate (C-96/80), el Tribunal considera que no és contrari al dret comunitari un nivell/hora de remuneració dels treballadors a temps parcial que sigui inferior al dels treballadors a temps complet, amb la finalitat d'incentivar el treball a temps complet, sempre que això sigui independent del sexe del treballador. En l'assumpte Bilka contra Karin Weber von Hartz (C-170/84) i en l'assumpte Rinner-Kühn contra FWW (C-171/88), el Tribunal afirma que cal tenir en compte que un percentatge considerablement més baix de dones que d'homes treballen a temps complet i que, subsegüentment, l'exclusió dels treballadors a temps parcial d'un pla de pensions d'empresa seria contrari a l'article 119 TCE (actualment, article 141 TCE), ja que les dones tenen moltes més dificultats per poder treballar a plena jornada. En aquest sentit, per poder considerar que la disposició de l'empresa no és contrària al dret comunitari, s'hauria de poder provar que aquesta mesura està fonamentada en criteris que exclouen una discriminació per raó de sexe. El

mateix criteri va ser aplicat posteriorment pel Tribunal en l'assumpte *Lrüger contra Krankenhaus Ebersberg* (C-281/97) en relació amb la percepció de primes anuals.

L'assumpte *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg* (C-33/89) consagra el principi que un conveni col·lectiu en què s'acorden beneficis en cas de desocupació única als treballadors a temps complet, com que la major part de dones treballaven sota la seva cobertura a temps parcial, ha de ser considerat contrari al dret comunitari si aquesta diferència no es pot justificar en raons objectives i independents de tota discriminació fundada sobre el sexe. A més, el Tribunal considera també contrària al dret comunitari, en el mateix sentit que amb la interpretació anterior, en l'assumpte *Gerster contra Freistaat Bayern*, una legislació nacional que prescriu, per al càlcul de l'antiguitat dels funcionaris, que els períodes a temps parcial siguin computats com a dos terços. El mateix criteri també va ser adoptat en l'assumpte *Hill i Stapleton contra The Revenue Commissioners i el Departament de Finances* (C-243/95) per a l'atribució de les escales de remuneració.

La dignitat a la feina i la prohibició de l'assetjament sexual a la feina

La Directiva 2002/73/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre de 2002, que modifica l'anterior Directiva 76/207/CEE, relativa a la posada en pràctica del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa a l'accés a l'ocupació, a la formació i a la promoció professionals i les condicions de treball, introdueix per primera vegada la prohibició de l'assetjament sexual en el dret comunitari vinculant.

La Carta social europea revisada, al seu torn, en l'àmbit del Consell d'Europa, havia regulat en l'article 23 el dret a la dignitat a la feina, incloent-hi la sensibilització, la informació i la prevenció en matèria d'assetjament sexual al lloc de treball.

Anteriorment, la Resolució del Consell, de 29 de maig de 1990, sobre la protecció de la dignitat de la dona i de l'home a la feina; la Recomanació de la Comissió, de 27 de novembre de 1991, sobre la protecció de la dignitat de dones i homes a la feina, que inclou un codi pràctic dirigit a combatre la persecució sexual, i la Declaració del Consell, de 19 de novembre de 1991, sobre la posada en pràctica de la Recomanació de la Comissió sobre la dignitat de les dones i els homes a la feina, destaquen entre la legislació d'orientació.

Les accions positives en l'àmbit professional

El paràgraf 4 de l'article 141 TCE, des del Tractat d'Amsterdam, impedeix que es puguin considerar contràries al principi d'igualtat de tracte el manteniment o l'adopció, per part

dels Estats membres, d'avantatges concrets dirigits a facilitar, al sexe menys representat, l'exercici d'activitats professionals o a evitar o compensar desavantatges en les seves carreres professionals.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha precisat minuciosament l'aplicació d'aquestes accions positives. En l'assumpte *Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen* (C-450/93), el Tribunal va afirmar que el principi d'igualtat de tracte no podia tenir un caràcter absolut i, en conseqüència, podia admetre excepcionalment un tractament diferenciat sempre que estigués justificat per raons objectives i que fos proporcionat; alhora, a causa del seu caràcter excepcional, per al Tribunal les accions positives no podien ser interpretades de manera extensiva, sinó en sentit restrictiu.

Posteriorment, sobretot com a conseqüència de les previsions del Tractat d'Amsterdam, el Tribunal va ampliar l'àmbit d'aplicació de les accions positives. En l'assumpte *Mars hall contra Land Nordrhein-Westfalen* (C-409/95), les accions positives sobre el sexe menys representat en una categoria professional concreta no són contràries al principi d'igualtat de tracte si s'apliquen en circumstàncies d'equivalència objectiva de currículums professionals. L'assumpte *Badek* (C-195/97) permet al Tribunal afirmar aquestes accions en la funció pública quan es considerin necessàries per assegurar el respecte dels objectius dels plans de promoció de les dones, a condició que la reglamentació garanteixi que les candidatures són objecte d'una apreciació objectiva que tingui en compte les situacions particulars d'ordre personal de tots els candidats, que les mesures d'acció positiva siguin aplicades de manera temporal i, a més, que s'adoptin en els supòsits de qualificacions equivalents entre candidats del sexe oposat. Amb major precisió encara, l'assumpte *Abrahamsson i Anderson contra Elisabet Fogelqvist* (C-407/98) estableix la manera d'interpretar l'equivalència de qualificacions per permetre l'aplicació de l'acció positiva quan la diferència entre els mèrits dels respectius candidats no és de tanta importància per originar un resultat contrari a l'exigència d'objectivitat que n'ha de presidir l'adopció.

En la legislació comunitària d'orientació podem remarcar la Recomanació del Consell, de 12 de desembre de 1984, relativa a la promoció de les accions positives a favor de les dones.

Però les accions positives no estan únicament previstes en el dret comunitari. Entre les normes vinculants de les Nacions Unides, la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona estableix, en l'article 4.1, que no es poden considerar discriminatòries les mesures especials, de caràcter temporal, dirigides a accelerar la igualtat real entre els homes i les dones. En la legislació d'orientació, la Declaració i la Plataforma de Pequín (1995) impulsen les accions positives que han d'utilitzar els governs i els agents polítics, econòmics i socials, com a instruments pertinents per assolir la igualtat real entre les dones i els homes.

La participació equilibrada en la presa de decisions

Sempre regulada en normes d'orientació, la participació equilibrada de les dones i dels homes en la presa de decisions polítiques, econòmiques i socials constitueix una de les manifestacions de la igualtat que més importància adopta en el dret comunitari. En aquest context, la Resolució del Consell, de 27 de març de 1995, i la Recomanació del Consell, de 2 de desembre de 1996 (86/694/CE), relativa a la participació equilibrada de les dones i dels homes en els processos de decisió, recomana als estats l'adopció d'una estratègia integral dirigida a afavorir aquesta participació equilibrada en tots els àmbits polítics, econòmics i socials, i a aprovar, si escau, mesures legislatives, reglamentàries o promocionals. El Parlament Europeu, per la seva banda, ha emès dues resolucions en aquest àmbit: la Resolució de 2 de març de 2000 sobre les dones en el procés de decisió (B5-0180/2000, R.50084/2000), en què preconitza el recurs a les quotes electorals com a mesura transitòria i paral·lela a la formació i informació de les candidates dels partits, i la Resolució de 15 de juny de 2000, en què el Parlament sol·licita l'aplicació de les disposicions de la Plataforma de Pequín sobre la representació equilibrada. D'altra banda, la Resolució del Parlament Europeu sobre la representació de les dones en els interlocutors socials de la Unió Europea (2002/2026 (INI)), de 25 de setembre de 2002 (A5-0279/2002), constata la feble representació de les dones en aquest àmbit.

Però les accions a favor de la participació política de les dones han estat objecte de normes vinculants de les Nacions Unides. Així, en la Convenció sobre els Drets Polítics de la Dona de 1952, l'article II disposa que les dones han de ser elegibles en *condicions d'igualtat* amb els homes, i en l'article III s'estableix que les dones tenen dret a ocupar els càrrecs públics i a exercir totes les funcions públiques en condicions d'igualtat amb els homes. Cal remarcar els termes en condicions d'igualtat perquè aquesta nomenclatura no imposa la igualtat de tracte, sinó de creació, de condicions veritablement igualitàries, la qual cosa implica l'adopció d'accions positives en aquest sentit. La mateixa construcció jurídica es repeteix en l'article 25 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics. D'altra banda, en la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona, a través de la introducció de la prohibició de les discriminacions de *resultat* (article 1 de la primera part), es configura una nova interpretació de les necessitats de promoure el desenvolupament de les dones en tots els àmbits i, particularment, en l'àmbit polític (article 3 de la primera part). Aquestes disposicions, totes vinculants, han estat complementades per normes d'orientació, entre les quals destaquen les de la Declaració i la Plataforma de Pequín.

A partir d'aquestes disposicions i orientacions, la Unió Europea ha adoptat accions concretes per promoure la participació equilibrada en la presa de decisions: la Conferència de París dels ministres responsables de la igualtat entre les dones i els homes, de 28 d'octubre de 2000, i la Decisió de la Comissió relativa a l'equilibri entre les dones

i els homes en el si dels comitès i grups d'experts que es va adoptar el 19 de juny de 2000.

Bibliografia

- AFEM. *L'accès des femmes à la prise de décision en Europe méridionale*. París: AFEM-Commission Européenne-Gouvernement Français, 1997.
- AFEM. *L'égalité entre les femmes et les hommes: un droit fondamental*. Actes de la conferència organitzada els dies 21, 22 i 23 de setembre de 2000 al Palau de Luxemburg, a París. París: AFEM-Commission Européenne-Gouvernement Français, 1997.
- AZCARATE-ASKASUA ALBÉNIZ, A. C. *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- FREIXES SANJUÁN, T. «La igualdad y la Constitución de la Unión Europea: Elaboración del texto y criterios de interpretación». *Las mujeres en la Constitución Europea*. Universidad de Salamanca: Centro de Estudios de la Mujer, 2005.
- FREIXES SANJUÁN, T. «De la Carta de los Derechos Fundamentales a la Constitución de la Unión Europea». *Meridiana*, núm. 20. 2001.
- FREIXES SANJUÁN, T. «La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea». A: FREIXES, T. [coord.]. *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FREIXES SANJUÁN, T. «Fundamentos de la democracia paritaria: El Tratado de Amsterdam y los acuerdos internacionales». A: SAAVEDRA, P. [dir.]. *La democracia paritaria en la construcción europea*. Madrid: CELEM-Comisión Europea (DG V), 2000.
- FREIXES SANJUÁN, T. «Constitución, Tratado de Amsterdam e igualdad entre hombres y mujeres». *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- FREIXES SANJUÁN, T. «Las mujeres en la nueva sociedad europea». *Info-Mujeres de Europa*. Brussel·les: Comissió Europea-Direcció General X, 1998. [Traduït a totes les llengües dels Estats membres de la Unió Europea]
- FREIXES SANJUÁN, T. «La sentencia Kalanke». *Mujeres*, núm. 21. Ministerio de Asuntos Sociales: Instituto de la Mujer. 1996.
- FREIXES SANJUÁN, T. «Projet de réforme du Traité pour l'Union Européenne en matière de: droits fondamentaux, citoyenneté, égalité entre femmes et hommes et droits économiques et sociaux». *Quaderns de Treball*, núm. 5. 1995.

- GARCIA VIDAL, M.; B. VILA COSTA. «L'influence du droit communautaire sur l'égalité hommes/femmes en Espagne». A: Dubouis, L. [dir.]. Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les états membres. París: Economica, 1995.
- GÓMEZ SANCHEZ, Y. [coord.] *Los derechos en Europa*. Madrid: UNED, 1999.
- MONTILLA MARTOS, J. A. Comentari a la Directiva Comunitària 2002/73/CE, artículo 14, *Una perspectiva de gènere*, n. 11, 2002.
- REY MARTÍNEZ, F. «La discriminación positiva de mujeres». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47 (1996). [Comentari a STJ de la Comunitat, 17 octubre 1995, assumpte Kalanke]
- VERWITGHEN, M. *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté Européenne*. Louvain-La-Neuve: Presses universitaires, 1987.