

1.- INTRODUCCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen derechos fundamentales reconocidos en todas las declaraciones internacionales de derechos humanos, en la normativa comunitaria y en todas las constituciones de los Estados democráticos. En el **art. 1** de nuestra Constitución de 1978 se declara la **igualdad** como uno de los **valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico** y en su **art. 14** se coloca como frontal del listado de derechos fundamentales. El **art. 10.2** establece que “*Las normas relativas a derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Sin duda, el acervo comunitario constituye uno de los puntos de referencia, quizá el más importante, en conformidad con el cual debe ser interpretado el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por imperativo constitucional. El desarrollo de la actuación comunitaria en el ámbito de la prohibición de discriminación comienza, como no puede ser menos, sobre la base de lo existente, el principio de libre circulación de los trabajadores que exige, según establece el **art. 48 del (entonces) Tratado de Roma**, “*la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros*” y la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo contenida en el (entonces) **art. 119 del mismo Tratado** que exigía “*la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo*”.

La adopción el 2 de octubre de 1997 del nuevo **art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)**, que señala que “*Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas por el mismo a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” permite una actuación más amplia de la CE en el ámbito de la discriminación.

La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** adoptada el **18 de diciembre de 2000** que dedica un capítulo completo, el número III, a la Igualdad, establece en su **art. 20** “*Todas las personas son iguales ante la ley*” y añade en su **art. 21.1** “*Se prohíbe toda discriminación y en particular*

El acervo comunitario en materia de igualdad de trato; la adecuación del ordenamiento jurídico interno

POR TERESA PÉREZ DEL RÍO.
Profesora Titular
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social,
habilitación de Catedrática.
Universidad de Cádiz.



la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad edad u orientación sexual”.

Finalmente, con base en ambos cuerpos normativos, el **29 de junio de 2000** fue adoptada la **D/43/CEE** relativa a la aplicación del principio de **igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico**, y la **D/78/CEE**, relativa al establecimiento de un **marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**. Por lo que se refiere a la discriminación por razón de género, por Decisión del Consejo 2001/51 de 20-12-2000 se aprobó un Programa de acción que establecía la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005. Finalmente, tras algún tiempo de debates ha sido aprobada la propuesta de modificación de la **D/1976/207/CEE**, **presentada por la Comisión el 7 de junio de 2000**, que se ha convertido en la **D/2002/73/CEE** que tiene por objetivo convertirse en la **Directiva marco para la igualdad de trato sin discriminación por razón de género en el empleo y la ocupación**.

Las tres directivas complementarias sobre discriminación (D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y la nueva 2002/73/CEE y 1976/207/CEE) comparten estructura y bastantes de los conceptos utilizados. En este estudio vamos a analizar las dos últimas que son las relativas a las causas de discriminación más frecuentes en nuestro país, el género, la edad y la discapacidad.

Es necesario tener en cuenta desde el principio que **las obligaciones de los Estados miembros respecto del cumplimiento de las normas comunitarias** en materia de igualdad de trato y no discriminación son especificadas en las propias directivas. Todas ellas recogen en uno o varios preceptos las obligaciones de los Estados miembros respecto de la aplicación y control de cumplimiento de las mismas. De otro lado, las Directivas establecen la obligación para los Estados miembros de procurar que, las medidas de trasposición adoptadas, así como las disposiciones en vigor sobre la materia, se pongan en conocimiento de los trabajadores a través de cualquier medio apropiado, tal como la información en los lugares de trabajo.

La Corte comunitaria ha precisado reiteradamente que, la consecución de la igualdad de trato, constituye el objetivo querido y buscado por la normativa comunitaria, de tal manera que los Estados miembros son libres para escoger los medios e instrumentos que consideren más adecuados a sus diferentes ordenamientos jurídicos y situaciones sociales para

realizar la trasposición de las Directivas pero esta libertad no es absoluta y la consecución del resultado les es exigido. Concretamente en el Asunto Comisión v. Francia 312/86 S. 25-10-1988, el Tribunal señala expresamente que “...*Dado que el cumplimiento de las Directivas se mide a través de la obtención del resultado a conseguir con ellas, la libertad de formas de ejecución no permite que el legislador nacional considere cumplidas sus obligaciones, remitiendo la cuestión sin más a la autonomía colectiva...*” por el contrario, **los Estados miembros deben ejercer una labor de control sobre todo tipo de norma interna incluidos los convenios colectivos, de tal manera que sea eliminado todo tipo de norma o cláusula convencional contraria a las normas comunitarias**.

La trasposición suficiente de las Directivas y su obligatoriedad, constituyen temas íntimamente ligados al de la **aplicabilidad directa o efecto directo** de las normas comunitarias cuya trasposición no ha sido realizada o lo ha sido de manera incompleta. Respecto de este tema, y en relación concreta con las normas sobre igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo, la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente. En el Asunto Deffrenne II 42/75 S. 8-4-1976, la Corte de Justicia confirmó no sólo el **efecto directo vertical del Derecho originario**, en concreto del art. 119 del Tratado de Roma (actualmente art. 141 del TCE), señalando que dicho precepto, puede ser invocado ante un Tribunal interno contra el Estado, sino también el **efecto directo horizontal**, es decir, puede ser invocado en las relaciones entre individuos privados incluida la negociación colectiva.

Se deduce claramente de la jurisprudencia que desde el momento en que se constata que una norma interna que niega una prestación o un beneficio reconocido en el Derecho comunitario a un grupo de personas viola el principio de igualdad de trato, el juez nacional debe inmediatamente, con su propia autoridad, conceder esta prestación o este beneficio al grupo desfavorecido sin esperar la eliminación de la contradicción por vía legislativa. En todo caso, **la obligación de interpretar y aplicar todo tipo de norma del ordenamiento nacional incluidos los convenios colectivos, de conformidad con los requerimientos del Derecho comunitario, deriva del art. 10 del TCE** y el TJCEE ha señalado que “*ningún Estado miembro puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de obligaciones derivadas de Directivas comunitarias, ni puede alegar su propio incumplimiento para negar un derecho a los particulares*” (A. Burton 19/81 S. 16-2-1981; A. Comisión v. Luxemburgo 58/81 S. 9-6-1982 entre otras).



2.- LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. LAS NORMAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. LA ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

En una sociedad capitalista de mercado, la posición social de los ciudadanos viene determinada por su posición en el mercado de trabajo y podríamos añadir que incluso su nivel de libertad y autosuficiencia, en definitiva su posibilidad real de disfrutar otros derechos fundamentales. Es evidente que la posición de la mujer en el mercado de trabajo ha variado mucho en la última década y eso sin duda es cierto y puede ser demostrado estadísticamente. Esta afirmación es compatible con el hecho, asimismo demostrable estadísticamente, de que la situación dista mucho de ser igualitaria: persiste en el mercado de trabajo una situación de discriminación grave de la mujer, que determina una situación social asimismo discriminatoria. Datos estadísticos recientemente publicados por el CES en “Panorama sociolaboral de la mujer en España” n.º 31 de 2003 señalan que la situación en el primer trimestre de 2003 es la siguiente: una **tasa de actividad del 42’3%** la más alta de la historia de España, que en parte ha repercutido en un **incremento de la tasa de empleo al 35’5 %** pero también en una **tasa de desempleo muy superior a la masculina** a la que dobla (16’2% frente a 8’3% masculino), junto con un **índice de atipicidad superior**, en concreto de **temporalidad** (33’8% la femenina frente al 28’6% de temporalidad masculina) y un **índice muy superior de trabajo a tiempo parcial** (el Informe del CES sobre Trabajo a Tiempo Parcial pone de manifiesto que el 75% de los trabajadores de este tipo son mujeres); finalmente los mismos informes ponen de manifiesto la existencia de un **diferencial salarial** de la mujer de **75’4%**.

La diferencia más notable respecto de hace una década es que actualmente esta situación se percibe –o al menos así se manifiesta– por los poderes sociales –al menos formalmente– como un problema importante al que hay que enfrentarse, estableciéndose como objetivo esencial de las políticas sociales públicas su eliminación. Sin duda uno de los instrumentos de lucha contra la discriminación, no el único ni siquiera el más importante, es el derecho y específicamente, en el ámbito del mercado de trabajo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Resulta evidente que respecto del tema de la discriminación por razón de sexo, en el ordenamiento jurídico laboral español se ha producido una evolución importante a lo largo de la última década y que este cambio ha sido influenciado notablemente por nuestra integración en la Unión Europea, ámbito en el que desde 1957 pero sobre todo

desde la década de los 70, más concretamente, a partir de 1975, han sido adoptadas un conjunto de normas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo que debían ser trasplantadas a nuestro ordenamiento jurídico. La evolución jurídica a que hemos hecho referencia es innegable pero un análisis en profundidad de las normas producidas a partir de 1986 lleva a la conclusión de que la evolución experimentada es sin duda favorable pero también lenta e insuficiente. Debería añadirse a estas características la inadecuada e insuficiente aplicación de las normas adoptadas en materia de tutela antidiscriminatoria, que entendemos en parte puede ser debida al desconocimiento de su alcance y significado por parte de los operadores jurídicos y los interlocutores sociales.

Por lo que se refiere al dato normativo comunitario son muy numerosas las normas de todo rango que regulan el principio de igualdad de trato y prohíben la discriminación por razón de sexo, desde preceptos de Derecho Originario hasta Recomendaciones y Resoluciones del Consejo, Comisión y Parlamento Europeos, pasando por un importante número de Directivas. De entre ellas las más importantes serían: el **art. 141 Tratado de Ámsterdam** que se refiere al principio de igualdad de retribuciones; la redacción original contenida en el **art. 119 del TR** ha sido modificada para dar cabida a la prohibición de discriminación indirecta y a la adopción de medidas de acción positiva. Este precepto señala lo siguiente:

1

Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por la empresa a su trabajador/a en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a)

que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b)

que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

El art. 23 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales señala de su parte que “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos incluidos el empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

Además han sido adoptadas las siguientes Directivas: D/75/117/CEE sobre igualdad retributiva, íntimamente relacionada con la D/86/378/CEE modificada por la D/96/97/CEE sobre seguridad social profesional complementaria; D/76/207/CEE sobre igualdad en las condiciones de trabajo recientemente modificada por la D/2002/73/CEE; D/79/7/CEE sobre la prohibición de discriminación en los regímenes legales de seguridad social; D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad; D/96/34/CEE de excedencias parentales y familiares; D/97/80/CEE de modificación de la carga de la prueba en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria. Junto a estas normas de eficacia vinculante, debe hacerse especial referencia a algunas otras que carecen de ella como la Recomendación de 27 noviembre de 1991 y Código de Conducta para la protección frente al acoso sexual en el trabajo.

También hay que hacer referencia a la adopción de cuatro sucesivos programas de Igualdad de Oportunidades. El vigente que complementa el Programa EQUAL y se denomina “Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres” y que tiene un periodo de aplicación 2001-2005 tiene por objetivo afirmar y explicar el denominado concepto de transversalidad que significa “la integración del objetivo de igualdad en todas las políticas que tengan repercusión directa o indirecta en las mujeres de tal manera que en el diseño y aplicación de todas las políticas hay que tener en cuenta las preocupa-



ciones necesidades y aspiraciones de las mujeres en la misma medida que las de los hombres”.

A este conjunto de fuentes normativas comunitarias, es preciso añadir por su importancia la **Jurisprudencia comunitaria**. La prohibición de discriminación por razón de sexo constituye el que se ha denominado por la doctrina laboralista “tema estrella de la jurisprudencia social del TJCEE”. El Derecho Comunitario es un ordenamiento de tipo anglosajón en el que resulta tan importante la norma como su interpretación jurisprudencial. El objetivo del TJCEE ha sido desde el principio doble: de un lado ha intentado dotar de todo su alcance y significado al concepto de discriminación (vr.gr. mediante el diseño del concepto de **discriminación indirecta** recogido en diversidad de sus sentencias y plasmado normativamente en la D/97/80 y posteriormente en la D/2002/73) y, de otro, ha pretendido garantizar al máximo la efectividad de las normas y su aplicación, **mejorando los procedimientos de garantía** (por ejemplo, mediante el procedimiento de inversión de la carga de la prueba contenido asimismo en la D/97/80/CEE).

La modificación de la Directiva 76/207 mediante la D/2002/73 ha tenido por objetivo expreso incorporar todos los progresos interpretativos realizados en la materia por el TJCEE y pretende convertirse en una especie de Directiva marco contra la discriminación por razón de género aclarando el significado y alcance del concepto discriminación e incluyendo la definición de los conceptos de discriminación indirecta, acoso moral y sexual; determinar de manera definitiva el ámbito material de aplicación de la Directiva recogiendo el concepto de condiciones de trabajo a las que se aplica la Directiva; eliminar las excepciones al principio de igualdad; mejorar los procedimientos de garantía de aplicación, de tutela jurisdiccional del principio de igualdad y el sistema sancionatorio. También ha creado procedimientos e instrumentos de promoción institucional del principio de igualdad y ha hecho referencia a la necesaria implicación de los interlocutores sociales en la eliminación de la situación de discriminación.



Por lo que se refiere a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la norma comunitaria, es necesario comenzar señalando que la Constitución española pertenece al grupo de las denominadas modernas y sociales ya que recoge el principio de igualdad en sus dos vertientes, la igualdad formal (art. 14) y la igualdad esencial (art. 9.2), prohíbe expresamente la discriminación por razón de género (art. 14.2 inciso) y en particular en el ámbito del empleo (art. 35) declarando el derecho a no ser discriminado vinculante en las relaciones entre privados (“no prevalecerá”) y obliga a los jueces y tribunales y en particular al Tribunal Constitucional a interpretar el significado y alcance de los derechos fundamentales entre ellos el de igualdad y la prohibición de discriminación, de acuerdo con lo establecido en las normas y convenios internacionales sobre el mismo tema (art. 10.2) y en particular con arreglo al Derecho Comunitario.

De su parte, el Tribunal Constitucional (máximo intérprete de la Constitución) ha adoptado una postura activa en favor de la igualdad y la eliminación de la discriminación; ha venido realizando sobre todo a partir de 1987 una interpretación extensiva del significado del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación, año en que inicia el camino hacia una interpretación conjunta del principio de igualdad formal establecido en art. 14 CE (“todos son iguales ante la Ley”) y el de igualdad esencial del art. 9.2 CE: reconociendo implícitamente que esa igualdad en la realidad no existe, se impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Esta actuación del TC se ha manifestado en la ampliación del significado de la prohibición constitucional de discriminación, por ejemplo mediante la introducción en nuestro ordenamiento de conceptos como los de **discriminación directa abierta y encubierta, o el de discriminación indirecta**, en la S. 145/1991 A. Gregorio Marañón sin los cuales hubiera sido imposible actuar contra las sutiles formas que la discriminación ha adoptado en la actualidad. También ha sido de vital importancia la diferenciación entre “**acción protectora**”, “**acción positiva**”, “**discriminación positiva**”, conceptos cuyo significado, por cierto, confunde hasta el propio Estatuto de los Trabajadores y que introduce en nuestro ordenamiento el TC en S. 128/1987.

Como hemos señalado la introducción de estos conceptos desde el ámbito constitucional, ha sido acompañada de una evolución apreciable pero mucho más lenta e insuficiente en la normativa laboral ordinaria, en la que aún son apreciables numerosas carencias lo que en un sistema tan legalista como el nuestro ha originado la adopción de Sentencias de nuestros tribunales, sobre todo de los Superiores de Justicia poco compatibles con la jurisprudencia comunitaria. Como no podría ser menos, han desaparecido del ordenamiento jurídico casi todas las normas de carácter directamente discriminatorio.

Además se ha mejorado definición legal de la prohibición de discriminación retributiva (art. 28 ET), en 1994 incluyendo la prohibición de discriminación indirecta, mediante la imposición al empleador de la obligación de pagar la misma retribución “por trabajo de igual valor” y no solo el mismo salario por un trabajo igual. Se ha producido una mejora en los temas relacionados con la protección de la maternidad y conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales, que como es sabido ha constituido la causa esencial de discriminación de la mujer. El legislador parece haber percibido que la mera afirmación de un derecho sirve de bien poco, si no existen medios suficientemente eficaces de garantizar su respeto y sancionar su violación y por ello se han introducido en nuestro ordenamiento mecanismos de tutela antidiscriminatoria importantes como la “modificación de la carga de la prueba” (art. 96 LPL) en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, también se ha previsto la utilización de la denominada “prueba de asesores” (art. 95.3 LPL) especialistas que pueden ayudar a Magistrados y Tribunales a detectar las situaciones de discriminación. Se han previsto graves sanciones de carácter social frente a los actos caracterizados como discriminatorios (la nulidad de todo acto de este tipo) de carácter administrativo (la prevista en el art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social) que puede llegar de 500.000 a 15.000.000 pts. e incluso de tipo penal (art. 314 CP).





Sin duda el Derecho del Trabajo se ha ido adecuando a la normativa y la jurisprudencia constitucional y comunitaria, pero, lo ha hecho de forma lenta, aún insuficiente y como podremos demostrar a veces contradictoria en varios aspectos de esencial importancia. Las carencias más importantes en mi opinión pueden dividirse en dos grandes grupos: de un lado se manifiestan **carencias en la plasmación normativa del significado principios fundamentales para la tutela antidiscriminatoria**: nuestro ordenamiento jurídico carece del concepto legal de “**discriminación indirecta**”. Evidentemente no somos el único país de Europa que presenta esta laguna en su Ordenamiento Jurídico, le ocurre lo mismo a algunos otros, pero la ausencia de un concepto legal tan complicado, novedoso y difícil de manejar, se ha mostrado lo suficientemente importante en la práctica para la tutela antidiscriminatoria, que desde 1988 se había intentado diseñar un concepto común para todos los Estados que aún carecen del mismo. El concepto es en la actualidad recogido en el **art. 2.2.2 D/2002/73/CEE** en los siguientes términos: “*Se entenderá por discriminación indirecta... la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”.

Un concepto similar fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto Gregorio Marañón S. de 1 de julio de 1991, y reiterado posteriormente en diversas sentencias, sin embargo sigue siendo un “gran desconocido” para una parte importante de los operadores jurídicos españoles que, por lo general adolecen de un acusado “legalismo” en sus conocimientos jurídicos, de tal manera que, al parecer, estiman que lo que no existe en las normas, no tiene porqué ser conocido y aplicado.

La segunda laguna de tipo general, está constituida por la **carencia tanto de un concepto legal como de una ley de “Acción positiva”** que sirva de marco jurídico seguro para la adopción de medidas de este tipo. Sería importante que se adoptase el concepto de Acción positiva recogido en el **art. 141.4 del Tratado CE**, que señala “4. *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*”.

Junto a estas carencias de tipo conceptual aparecen en nuestro ordenamiento algunas otras insuficiencias notables en la normativa ordinaria, por ejemplo:

En lo que se refiere al **principio de igualdad retributiva** es preciso poner de manifiesto que hasta 1994 el ordenamiento social español se encontraba en situación de incumplimiento absoluto de las normas comunitarias sobre igualdad de trato tan importantes como el art. 119 del TR (actual art. 141 del Tratado de Ámsterdam) y la Directiva 75/117 sobre prohibición de discriminación salarial. En ese año se adaptó parcialmente pero no se ha adaptado totalmente, con el alcance que le otorga el ordenamiento comunitario hasta la **Ley 33/2002 de 5 julio**. En la actualidad el **art. 28 ET** prohíbe tanto la discriminación retributiva directa como la indirecta, y obliga al empleador a pagar **la misma retribución**, no sólo por el **mismo trabajo**, sino por **trabajo de igual valor**; sin embargo hay que tener en consideración que la normativa no ofrece punto de referencia alguno sobre cuando dos trabajos han de entenderse de igual valor, ni tampoco hace referencia a los criterios de valoración de los puestos de trabajo, ni señala cual es el organismo de tutela antidiscriminatoria encargado de establecer, con el suficiente conocimiento, cuando dos trabajos son del mismo valor. La tardanza e insuficiencia en la trasposición de la normativa comunitaria han originado alguna jurisprudencia de nuestros Tribunales poco compatible con la normativa comunitaria y con la jurisprudencia del TC español en esta materia. Puesto que este constituye un problema que presentan varios ordenamientos jurídicos europeos, la Comisión de las Comunidades ha elaborado y publicado un “**Memorandum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor**” al que acompaña un “**Código de actuación para la asignación de igual salario para trabajo de igual valor para hombres y mujeres**”, cuya toma en consideración por los operadores jurídicos y en particular por los Tribunales españoles así como por las partes sociales debería promoverse intensamente.

Por lo que se refiere a la **igualdad en las condiciones de empleo y trabajo** y específicamente en materia de **acceso al trabajo** en condiciones de igualdad de oportunidades y sin discriminación por razón de género, la situación es aún más grave. Sin duda que el **art. 17 ET** afirma ese principio pero la realidad demuestra que el mercado de trabajo sigue siendo un mercado segmentado, en el que las mujeres tienen acceso a determinados sectores y profesiones, no precisamente las más valoradas socialmente ni las más altas en las clasificaciones profesionales. Hay que poner de manifiesto que en este ámbito, el problema más im-



portante es en la actualidad el tipo de modalidades contractuales a que las mujeres tienen acceso, básicamente contratación temporal y a tiempo parcial: las mujeres siguen siendo mayoritarias en la contratación a tiempo parcial lo que ha venido, entre otras cosas determinando una situación de discriminación de la mujer en la Seguridad Social y es precisamente en la regulación del trabajo a tiempo parcial se aprecia otra de las características que dijimos señalaban la evolución de la normativa española en tema de género: la contradicción. El proceso de diálogo social que dio lugar a la adopción del Real Decreto Ley 15/98 de 27 de noviembre y el RD 114/1999 sobre trabajo a tiempo parcial, mejoró la regulación de esa modalidad contractual y las posibilidades de protección social este tipo de contrato. Sin embargo, posteriormente la Ley 12/2001 ha vuelto a empeorar notablemente la regulación, significando una vuelta atrás de dos años, mediante la flexibilización el concepto de trabajo a tiempo parcial que tanto había costado conseguir en la modificación de 1998 y la de las posibilidades de utilización de las llamadas “horas complementarias”. Resulta al menos dudoso que la norma española pueda conseguir realmente el objetivo que se propone expresamente la normativa comunitaria al respecto, en concreto la D/97/81/CEE, de evitar la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial (en su mayoría trabajadoras).

Por lo que se refiere a la **contratación temporal**, los datos publicados por el CES en el primer trimestre del 2003 muestran un índice de temporalidad superior entre las mujeres que entre los hombres (33'8% frente al 28'6%) siendo sin duda el más alto de la UE, lo que tiene un triple nivel de efectos: en primer lugar respecto de la **seguridad y salud laboral** ya que está demostrado que los trabajadores temporales presentan un nivel de siniestralidad superior a los trabajadores indefinidos y además, el sector servicios, el más feminizado de los sectores económicos, presenta un número absoluto superior tanto de temporalidad como de siniestralidad; en segundo lugar, **repercute en su nivel de protección social** ya que las trabajadoras temporales tienen muchas más dificultades para acceder a las prestaciones del nivel contributivo del sistema de SS, lo que lleva a que sean muchas más las mujeres que tiene como única solución la integración en el nivel no contributivo con una protección muy inferior; en tercer lugar, un alto índice de temporalidad en la contratación, hace a la mujer más vulnerable ante un problema que trataremos posteriormente, el del **acoso sexual en el trabajo**.

La mayor parte de las medidas de incentivación de la contratación integrantes del vigente **programa español de fomento del empleo**, adoptado también me-

dante la Ley 45/2002 tiene como destinatarias a las mujeres. Algunas de esas medidas son francamente novedosas y pueden ser efectivas (habrá de comprobarse) como el coste cero real de la sustitución por maternidad, o el coste cero de contratación de mujeres paradas en el año siguiente a su maternidad, pero se mantienen otras de comprobada ineficacia como el “contrato indefinido de mujeres subrepresentadas”, (en el año 2000 se realizaron no más de 300 contratos de este tipo).

Resulta evidente que la causa que tradicionalmente ha originado la situación de discriminación de la mujer es la **maternidad y la asunción en exclusiva de las responsabilidades familiares**. Sobre esta consideración el Plan Nacional de Empleo 2000 puso de manifiesto que la “medida estrella” para la integración de la mujer en el mercado de trabajo era la adopción de la **Ley 39/99 de conciliación de la vida profesional y familiar**. Esta Ley que tuvo por objetivo esencial completar la trasposición de dos Directivas comunitarias muy importantes, la 92/85 y la 96/34, ha mejorado la regulación de los derechos laborales en materias como garantía de la salud en el embarazo, posibilita el reparto entre padre y madre del periodo de suspensión por maternidad, realiza mejoras en materia de reducción de jornada por razones familiares y por lactancia, reconoce el derecho a excedencia con reserva de puesto de trabajo y con derechos de antigüedad y formación profesional durante estos periodos de tiempo para cuidado no sólo de hijos sino también de familiares y finalmente mejora la protección frente a la discriminación profesional por maternidad, sobre todo la tutela frente al despido.

Con significar un importante paso adelante creo que merece algunas críticas la más importante de las cuales y que desde mi punto de vista determina las demás, es la referente a la óptica de tratamiento del tema y al objetivo perseguido por la Ley. Como se ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente en todos los niveles (internacional, comunitario, nacional) la asignación de roles (productivo al hombre y reproductivo a la mujer) y la asunción en exclusiva por parte de la mujer de las responsabilidades familiares, constituye la causa por excelencia de la integración discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo. El reconocimiento de este hecho ha sido puesto de manifiesto por la UE en la Directiva 96/34/CEE y ha sido reiterado a través de la adopción el día 6 de junio de 2000 de una Resolución solicitando de los Estados miembros que incluyan en sus normativas de conciliación los “permisos de paternidad” (es decir, asignados a los padres con titularidad exclusiva y no transferible a las madres). Pues bien, la Ley de conciliación 39/99 apenas avanza en la incentivación del reparto de las responsabilidades familiares. Es cierto que facilita dicho reparto pero no lo incentiva ni lo



impulsa y facilitar no es lo mismo que incentivar. El objetivo de la norma no es eliminar la causa real de la discriminación: intenta, y no de forma absolutamente satisfactoria, facilitar a la mujer la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales y el reparto de las mismas pero ni impulsa ni incentiva este reparto cuando la experiencia comparada demuestra que esta es la única forma relativamente eficaz de eliminar la discriminación por razón de sexo.

En segundo lugar, como ha puesto reiteradamente de manifiesto el Consejo Económico y Social, ninguna norma por muy perfecta que sea (y la 39/99 no lo es) es suficiente para permitir una integración de la mujer en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad. Si se desean evitar indeseados efectos boomerang que ya han sido anunciados, esta Ley debería haberse acompañado de una inversión suficiente en servicios públicos de cuidado de niños/as, ancianos/as, enfermos/as y discapacitados/as que facilitasen la conciliación buscada entre responsabilidades familiares y profesionales. Aumentar tanto en calidad como en cantidad los servicios públicos de cuidado de menores, mayores y enfermos/as y minusválidos/as se hace evidentemente necesario si se tiene voluntad política de terminar con la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. Este hecho es reconocido reiteradamente por la UE que además contempla este sector de los “servicios de proximidad” como un Nuevo Yacimiento de Empleo.

En lo que se refiere al contenido de la norma, se sigue apreciando una insuficiente trasposición de la Directiva 92/85 (por ejemplo la ausencia de trasposición de los Anexos que determinan los agentes físicos, químicos y biológicos peligrosos para la salud de madre y feto, la ausencia de protección durante el periodo de lactancia). Algunas otras cuestiones importantes pueden objetarse a la norma adoptada. Puede seguirse afirmando que la protección por maternidad no funciona realmente ni funcionará a pesar de la Ley para un colectivo importante de mujeres, la inmensa mayoría de las “atípicas” es decir, las temporales y las a tiempo parcial.

Finalmente es de señalar que **el acoso sexual en el trabajo** constituye un problema importante al que ha debido enfrentarse la mujer desde su inserción en el mercado de trabajo. Las propias afectadas parecen concebirlo como un “precio” que deben pagar por mantenerse en éste. En el ámbito comunitario, la reacción frente a este fenómeno se ha producido a partir de 1987 año en que la Comisión de las Comunidades encargó un estudio al Experto Michael Rubenstein que demostró que la situación era tan grave en todos los Estados miembros, que debía ser tratada jurídicamente en ese ámbito. Sin embargo la propuesta de adoptar una norma vinculante sobre el te-

ma, no pudo prosperar y fue sustituida por la adopción de una serie de instrumentos de carácter atípico, en concreto por una **Resolución del Consejo de las CE de 29 de mayo de 1990 relativa a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo (90/C 157/02)** y una **Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo (92/131/ CEE)** a la que acompaña un “Código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo”. Evidentemente estas normas no tienen eficacia jurídica vinculante y a la vista de las dificultades que se plantean para adoptar una norma vinculante específica en esta materia, se ha optado por incluir un concepto de acoso sexual en la **D/2002/73/CE** sobre igualdad en las condiciones de trabajo cuyo **art. 2.2.4** señala que el acoso sexual es aquella situación “*en que se produce cualquier comportamiento, verbal, no verbal o físico, no deseado de índole sexual, con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante humillante u ofensivo*” se añade que “*el acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva, se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán. El rechazo por la víctima de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo, no podrá utilizarse para tomar una decisión que la afecte*”.

El concepto que del acoso ofrece la **Recomendación de la Comisión** y desarrolla el Código de Conducta es mas completo. En el art. 1 de esta norma se señala que “*Se recomienda a los EEMM que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si*

a)

dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma

b)

la negativa al sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de los trabajadores/as, se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y el empleo, sobre la continuación de su relación de trabajo los ascensos, el salario o cualesquiera otras condiciones de trabajo y/o

c)

dicha conducta crea un entorno laboral hostil, humillante o intimidatorio para la persona que es objeto de la misma.



Dicha conducta puede ser en determinadas circunstancias contraria al principio de igualdad de trato tal como se define en los arts. 3, a y 5 de la directiva 76/207 del Consejo CEE”.

En los siguientes preceptos de la Recomendación, la Comisión requiere de los EEMM que apliquen el Código de conducta en el sector público y que, de esa forma, sirvan de ejemplo para el sector privado animando al tiempo a los interlocutores sociales para que lo pongan en aplicación mediante la negociación colectiva.

Sin duda el acoso sexual constituye un fenómeno grave pues viola al tiempo varios derechos fundamentales: el derecho de libertad, el derecho a la dignidad, a la intimidad, a la salud, incluso al trabajo y, en la mayor parte de los casos, el de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. En segundo lugar constituye un fenómeno complejo tanto por las acciones en que puede consistir y, por tanto, los tipos que puede asumir, como por los sujetos tanto activos como pasivos del mismo, de lo cual depende en gran medida la efectividad y la adecuación tanto de las medidas preventivas como de las sancionadoras a adoptar para hacerle frente.

El impacto que esta normativa ha producido en nuestro país, se limita a la inclusión en el art. 4.2.e ET, entre los derechos de los trabajadores en la relación laboral, *el derecho al “respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”*. Además, el art. 8.13 de la LISOS califica como infracción muy grave del ordenamiento jurídico *“El acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”*. Esta infracción es sancionable con una multa de 500.000 a 15.000.000 de pts.

Se puede observar claramente la insuficiencia de la previsión legal para clarificar el fenómeno, de tal manera que una parte importante de las propias destinatarias de la protección e, incluso, de los operadores jurídicos y de los interlocutores sociales, no tienen un conocimiento suficiente de lo que es el acoso sexual en el trabajo ni de los procedimientos de tutela utilizables frente al mismo. Sería necesaria una modificación normativa para adecuar y aclarar el alcance y significado del fenómeno y una gran campaña de sensibilización y de información de la sociedad en general, al menos en los términos que establece el Código de Conducta comunitario. Sobre el tema por el momento no existe jurisprudencia comunitaria pero el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la Sentencia 224/1999 de 13 de diciembre en la que utiliza como

punto de referencia de su fallo el Código de conducta comunitario.

Finalmente la vista de los datos estadísticos publicados puede partirse de una afirmación claramente contrastable: **en el sistema español de protección social, la mujer se encuentra en situación de discriminación**. Dos estudios realizados por el Consejo Económico Social, el primero publicado en 1994 sobre *Situación de la mujer en la realidad socio-laboral española* y el segundo publicado en 1999 *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España 1998* y uno tercero específicamente dedicado al análisis de la *Protección social de las mujeres* publicado en el 2000, ponen de manifiesto una serie de datos significativos en este sentido.

En el **nivel contributivo** del sistema de Seguridad Social, es decir, el que proporciona a sus beneficiarios un nivel de protección superior, si bien las mujeres pensionistas (49%) son casi tan numerosas como los hombres (51%), existen grandes diferencias en función del sexo respecto del tipo de prestaciones que cada género percibe: en el conjunto de prestaciones sustitutivas del salario (desempleo, jubilación e invalidez básicamente) los hombres son absolutamente mayoritarios, mientras que las mujeres se incluyen mayoritariamente en la prestación por muerte y supervivencia: el 50% del total de pensiones que perciben las mujeres son pensiones de viudedad. Ello repercute notablemente en el importe medio de las cuantías de la pensión percibida: la pensión media femenina es bastante inferior a la media masculina y además la mujer es mayoritaria en el nivel de pensiones mínimas.

Respecto a las prestaciones del **nivel no contributivo** (nos referimos a las correspondientes a jubilación e invalidez implantadas en nuestro sistema de Seguridad Social por la Ley 26/90) que otorgan prestaciones de cuantía fija muy inferiores a las del nivel contributivo, absolutamente insuficientes para garantizar un nivel de vida digno, se ha señalado que se trata de prestaciones feminizadas, es decir, que la mayoría de sus perceptores son mujeres. La exclusión del nivel contributivo está produciendo, una progresiva feminización de la pobreza ya que existe un alto porcentaje de hogares formados por mujeres jubiladas o pensionistas solas, la cuantía de cuyas pensiones es absolutamente insuficiente para mantener un nivel de vida digno.

Esta situación claramente incompatible con el principio constitucional de igualdad, tiene una serie de causas directamente relacionadas con la situación de la mujer en el mercado de trabajo ya que es evidente que en un sistema de Seguridad Social como el español, de carácter aún fuertemente contributivo, la situación de los beneficiarios en el sistema de protec-



ción social, se encuentra directamente relacionado con la situación de los mismos en el mercado de trabajo. En primer lugar, la menor incorporación de la mujer al mercado legal de trabajo, y su demostrada mayor presencia en la economía sumergida, hace que quede mayoritariamente fuera del nivel contributivo de protección social, o bien, que acceda al mismo solo a través de **derechos derivados** como en el caso de la viudedad.

En segundo lugar, la asunción en exclusiva de las responsabilidades familiares obliga a las mujeres a interrumpir sus carreras de seguro y la mayor presencia en las modalidades contractuales atípicas –temporales y a tiempo parcial–, dificultan la acumulación de los largos periodos de carencia precisos para el acceso a las prestaciones del nivel contributivo (15 años para la de jubilación y de 5 a 15 para la de invalidez, 360 días para la de desempleo), relegando una vez a las mujeres hacia el nivel asistencial o en el peor de los casos hacia la ausencia de protección. En tercer lugar la situación de discriminación salarial, repercute en la cuantía de las bases reguladoras de sus prestaciones, como vimos mayoritariamente las mas bajas del sistema. La sobrerrepresentación de mujeres en los niveles retributivos más bajos tiene un segundo efecto importante: la imposibilidad de proceder a la autoprotección mediante su inclusión en el denominado **nivel complementario**, es decir, mediante la participación en Planes y Fondos de Pensiones. Las bajas cuantías salariales de las mujeres hacen difícil, si no imposible, el ahorro suficiente para buscarse una protección social suficiente a través de este nivel. Por tanto, la mejora de las condiciones de trabajo de las mujeres y los avances en la lucha contra la discriminación en el mercado laboral, repercutirían favorablemente en su situación en la protección social a medio y largo plazo.

El segundo tipo de causas que incide en la situación discriminatoria de la mujer en el sistema de protección social, son las que se podrían denominar normativas. Aunque sin duda el ordenamiento jurídico social post-constitucional ha sido muy depurado, resultando eliminadas casi todas las normas directamente discriminatorias que contenía provenientes de la etapa pre-constitucional, son apreciables algunas formas de tratamiento enormemente perjudiciales para las mujeres contenidas en algunas normas sobre todo reguladoras de regímenes especiales muy feminizados como el agrario o el de empleados/as de hogar que ofrecen un nivel muy inferior de protección y casi con seguridad estas formas de tratamiento podrían ser calificables de indirectamente discriminatorias y contrarias a la Directiva 1979/7/CEE.

De otro lado, resulta sorprendente que de forma reiterada se insista en los diferentes Programas de igualdad

de oportunidades entre hombres y mujeres, en la promoción del autoempleo femenino como forma de inserción en el mercado de trabajo de las mujeres, evidentemente con mayores dificultades para integrarse en el mercado asalariado; ello las conduciría inexorablemente a integrarse en el Régimen especial de Autónomos de la Seguridad Social, régimen que, como se reconoce reiteradamente por la doctrina, ofrece un nivel muy inferior de protección que el régimen general.

De mayor importancia si cabe resulta el posible carácter indirectamente discriminatorio de la regulación en materia de cómputo de los periodos de carencia en los contratos de trabajo a tiempo parcial. A pesar de que la regulación actualmente vigente mejora la anterior establecida en 1994, no la soluciona de forma absoluta ya que una cosa es el reflejo del tiempo y la cuantía de la cotización en la cuantía y duración de las prestaciones y otra distinta el tiempo mínimo exigido para acceder a la protección, o periodo de carencia, el cual debería computarse en función del tiempo en activo o en alta en el Sistema con independencia del número de horas o días en que se trabaje efectivamente.

Además, es evidente que las prestaciones sociales de ayuda a la familia por hijo menor o minusválido a cargo, concebidas con el objetivo de favorecer la maternidad y apoyar las cargas familiares, facilitan al tiempo la integración de las mujeres en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades. Respecto de ellas el propio CES ha reconocido expresamente la insuficiencia (cualitativa y cuantitativa) de este tipo de prestaciones en España. Por lo que se refiere al esfuerzo presupuestario que respalda este tipo de prestaciones, como señala expresamente el CES la ayuda a la familia se encuentra anclada en España en un porcentaje del PIB muy por debajo del esfuerzo que realizan otros países siendo muy inferior a la media europea.

Finalmente señalar respecto de la titularidad de los derechos a la protección, la Comisión de las CEE ha señalado que el cambio de rol social de hombres y mujeres, exige una adaptación de los sistemas de protección en el sentido de una mayor individualización de los derechos de protección y la búsqueda de nuevos instrumentos para conciliar la vida profesional y familiar que no obstaculice la carrera de seguro de las mujeres.

En conclusión, se puede decir que a lo largo de la última década, el Derecho Social ha recibido el impacto de la integración de la mujer en el mercado de trabajo y ha realizado una adaptación –parcial– de la normativa interna a la comunitaria pero sin duda de una manera lenta, aún insuficiente y en algunas ocasiones, como se acaba de demostrar mediante la Ley de conciliación, incluso podría decirse que contradictoria.