

CAPÍTULO CUARTO

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

I. LA DIRECTIVA 76/207/CEE Y LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO

Mientras que la Directiva comunitaria 75/117/CEE se limitaba a establecer la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, la Directiva 76/207/CEE supuso una mayor amplitud y un significativo avance en la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, al contemplar otras esferas del ámbito laboral: el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como también a las condiciones de trabajo.

Una de las medidas que se establecen en esta Directiva, es el desarrollo de prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, así como códigos de conducta, investigación que refleje la situación real de los hombres y las mujeres en los puestos de trabajo, a través de informes periódicos, entre otros.

La Directiva 76/207/CEE surge con la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, en el que éste se compromete a emprender acciones con el objeto de asegurar la igualdad de los hombres y mujeres en lo concerniente al acceso al empleo, a la formación y promoción profesional, así como a las condiciones de trabajo, incluyendo las remuneraciones.³⁵⁵ Esta Directiva comunitaria es la segunda gran propulsora del principio de igualdad de trato en-

³⁵⁵ Cepillo Galvín, Miguel Ángel, “Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el sector laboral. Legislación comunitaria y su influencia en el derecho nacional español”, en Ramos, Ma. Dolores, y Vera Ma. Teresa (eds.),

tre hombres y mujeres, tras el artículo 119 del Tratado de Roma, que sólo contemplaba el ámbito salarial.

En la sentencia *Defrenne III*, el Tribunal comunitario dejó claramente sentada la delimitación del artículo 119 del Tratado, expresando que no puede ser interpretado en el sentido de que, además de la igualdad de retribución, establezca también la igualdad de las demás condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores masculinos y a los trabajadores femeninos.³⁵⁶ Aun más clara resulta la sentencia *Seymour-Smith y Pérez*,³⁵⁷ que delimita el ámbito de aplicación del artículo 119 y de la Directiva 76/207, al interpretar que:

Los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a una indemnización, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. Por el contrario, los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a ser readmitido o a ser contratado nuevamente están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.³⁵⁸

De manera similar, el órgano comunitario lo expresa en la sentencia *Grant*, al pronunciar que una ventaja de reducción de precios en determinadas circunstancias constituye el ámbito del artículo 119 y no de la Directiva 76/207, así lo señala:

Una reducción en el precio de los transportes concedida por un empresario, sobre la base del contrato de trabajo, en favor del cónyuge o de la persona del otro sexo, con la que el trabajador mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, está com-

Congreso internacional: el trabajo de las mujeres. Pasado y presente, Málaga, Universidad de Málaga, 1996, pp. 175-184.

³⁵⁶ TJCE, sentencia del 15 de junio de 1978, *Defrenne III*, C-149/77, apartado 24, recopilación, 1978.

³⁵⁷ TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*, C-167/97.

³⁵⁸ *Ibidem*, apartado 41, recopilación 1999.

prendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. Por tanto, la Directiva 76/207, mencionada en la quinta cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no se aplica a una ventaja de este tipo.³⁵⁹

Pues bien, mientras que al artículo 119 del Tratado de Roma se le consideraba con una justificación de índole económica, es a partir de esta Directiva que se acentúan los objetivos sociales del derecho comunitario.

El fundamento de la Directiva 76/207 es el artículo 308 (antiguo artículo 235 del Tratado CE), y la peculiaridad de esta normativa comunitaria es el desborde normativo respecto al artículo 119 del propio Tratado, al señalar en su artículo 1o., el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto al acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional, así como las condiciones de trabajo.

El objetivo primordial de esta Directiva comunitaria corresponde a la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, fomentando una igualdad de oportunidades real y efectiva entre hombres y mujeres.³⁶⁰ De ahí que defina la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, sea directa o indirectamente, con referencia especial al estado matrimonial o familiar, equiparando la mujer trabajadora al varón, y especialmente en la prohibición de discriminaciones laborales de la mujer casada y de la madre de familia.

En lo relativo al acceso al empleo, el artículo 3o., párrafo 1, de la Directiva, dispone que la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el

³⁵⁹ TJCE, sentencia del 17 de febrero de 1998, *Grant*, C-249/96, apartado 14, recopilación, 1998.

³⁶⁰ Silva, Armindo, "Políticas para la creación de empleo en la Unión Europea", *Políticas de empleo en la Unión Europea: presente y futuro*, Bilbao, Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarras, 1999, pp. 270-279.

sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.³⁶¹

En cuanto al acceso, formación y promoción profesionales, el artículo 4o. exige que los Estados miembros establezcan medidas necesarias con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, de formación, de perfeccionamiento y de reciclaje profesionales.

En materia de acceso al empleo,³⁶² esta Directiva incluye los criterios de selección, expresando en su artículo 3o., que la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

Una de las principales estrategias de la Unión Europea es la puesta en marcha de políticas de empleo, aplicando la perspectiva de género. Un ejemplo es el programa Equal, financiado por el Fondo Social Europeo con el objetivo de combatir la discriminación y la desigualdad en este ámbito. Sus principales prioridades son la capacidad de inserción profesional, espíritu de empresa, adaptabilidad, igualdad de oportunidades para mujeres y hombres,³⁶³ pues es bastante común que las mujeres sean las ausentes en la formación profesional en las empresas, debido a

³⁶¹ Sáez Fernández, Felipe, “Formación continua: una evaluación de estrategias”, *Políticas de empleo en la Unión Europea...*, cit., pp. 245-260.

³⁶² *Nuevas formas de combatir la discriminación y la desigualdad en el ámbito del empleo*, Luxemburgo, Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000. En este sentido, también consúltese, Charro Baena, Pilar, *op. cit.*, p. 69; López López, Julia y Chacartegui Jávega, Consuelo, “La política europea de inserción de la mujer en el mercado de trabajo”, *Políticas de empleo en la Unión Europea...*, cit., pp. 325-350.

³⁶³ San José Sevián, Begoña, *Democracia e igualdad de derechos laborales de la mujer. Por un consenso social sobre la necesidad de una política contra la discriminación de las mujeres en el empleo*, 2a. ed., Madrid, Instituto de la Mujer-Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, pp. 80-95.

que ésta suele estar asociada con la antigüedad y con el nivel de cualificación.

Por su parte, Ballester Pastor³⁶⁴ señala que para diversificar el trabajo femenino se requieren tres cosas: 1) la ampliación del concepto de discriminación; 2) el incremento de medidas a tres niveles, y 3) la puesta en marcha de mecanismos sancionatorios efectivos.

La Directiva europea 76/207 expresaba en su artículo 3o., la aplicación del principio de igualdad en todo lo referente al acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, la orientación y formación profesional y las condiciones de trabajo, entre ellas las condiciones de despido. En el numeral 5 dispone la obligación de los Estados miembros de suprimir toda discriminación fundada en el sexo, ya sea en sus legislaciones nacionales como en sus prácticas administrativas, debiendo asegurar la aplicación de este principio en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, así como en los estatutos de las profesiones liberales.

Relacionadas con el ámbito de acceso al empleo se encuentran las ofertas de empleo. Así lo ha declarado el Tribunal comunitario en su jurisprudencia,³⁶⁵ fijando la relación del principio de no discriminación y este tipo de condiciones laborales.³⁶⁶

II. EL DESPIDO INCLUIDO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El artículo 5o., de la normativa comunitaria en cuestión considera los supuestos de despido como condiciones de trabajo en

³⁶⁴ Ballester Pastor, María Amparo, “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, *Relaciones laborales*, 1993, t. I, pp. 179-207.

³⁶⁵ TJCE, sentencia del 21 de mayo de 1985, *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, 248/83.

³⁶⁶ Charro Baena, Pilar, “La madre trabajadora: aspectos sociolaborales”, en Carrasco, María José *et. al.* (eds.), *Mujer, trabajo y maternidad*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1995, p. 70.

materia de aplicación del principio de igualdad de trato, esto es, garantiza las mismas condiciones a hombres y mujeres, sin discriminación por razón de sexo. A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo ha desarrollado un concepto amplio de despido como condiciones de trabajo. Por ejemplo, ha pronunciado que el establecimiento de una edad forzosa de jubilación diferente para hombres y para mujeres resulta discriminatoria de acuerdo a lo que dispone la Directiva 76/207.³⁶⁷

Sin embargo, esta normativa otorga la posibilidad a los Estados miembros de establecer las edades de acceso a la prestación de jubilación, siempre y cuando éstas no sean obligatorias, tal y como lo ha resuelto en la sentencia *Burton*.³⁶⁸ Más aún, de existir una edad común de jubilación, se establecen diversas condiciones para el acceso a la prestación con referencia a la edad, como lo ha declarado en el caso *Roberts*.³⁶⁹ En este asunto dispone que en el ámbito de convenios colectivos, no constituye una conducta discriminatoria la disposición que fija la misma edad para el despido de mujeres y varones, de la que ha de derivarse una pensión anticipada, pese a que la edad normal de jubilación sea diferente.

Por lo que corresponde a los ámbitos que regula esta Directiva, el órgano comunitario incluye, en las condiciones de trabajo, el despido —considerándolo como todo tipo de cese o terminación de contrato laboral— cualquiera que sea su denominación establecida por las partes o la normativa, incluida la extinción por mutuo acuerdo. En particular, en la sentencia *Burton*, señala que la Directiva 76/207 en su artículo 5o., párrafo 1, indica que:

La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, implica que sean aseguradas tanto a los hombres como

³⁶⁷ TJCE, sentencia del 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, recopilación 1986.

³⁶⁸ TJCE, sentencia del 16 de febrero de 1982, *Burton*, 19/81, recopilación, 1982.

³⁶⁹ TJCE, sentencia del 26 de febrero de 1986, *Roberts*, 151/84.

a las mujeres las mismas condiciones sin discriminación fundada en el sexo. En el marco de la Directiva, la palabra «despido» debe entenderse en un sentido amplio, de manera que incluya el cese del vínculo de empleo entre el trabajador y su empleador, incluso en el marco de un régimen de despido voluntario.³⁷⁰

Esta misma posición se reflejaría en las jurisprudencias que el Tribunal emitiría. Por ejemplo, en la sentencia Marshall, sostiene que el despido de una trabajadora por cumplimiento de una edad que da derecho a pensión de Estado, siendo diferente la edad fijada para hombres y las mujeres, constituye una discriminación prohibida, y a su vez, que un límite de edad para el cese obligatorio de los trabajadores fijado en el marco de un despido colectivo, aun cuando tal cese implique la concesión de una pensión de jubilación anticipada, queda comprendido dentro del concepto de despido así interpretado.³⁷¹

Nuevamente el Tribunal de Justicia expresa que una política general que implique el despido de una mujer por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado ésta la edad a la que tiene derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional, constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por dicha Directiva.³⁷²

En el caso Brown, el Tribunal afirmó que existe discriminación directa ante la negativa del empresario de celebrar un contrato de trabajo con una candidata, al conocer su estado de embarazo y a la que había considerado apta para realizar una actividad determinada, por ende, es una conducta violatoria de la Directiva 76/207.³⁷³ Así, señala que el despido de una trabajadora por razón

³⁷⁰ TJCE, sentencia del 16 de febrero de 1982, *Burton*, 19/81, apartado 9, recopilación, 1982.

³⁷¹ TJCE, sentencia del 25 de febrero de 1986, *Marshall*, C-152/84, apartado 34, recopilación, 1986.

³⁷² *Ibidem*, apartado 38, recopilación, 1986.

³⁷³ Mazuelos Fernández-Figueroa, Manuel, “La prohibición de despido de la mujer trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva

de su embarazo³⁷⁴ o por una causa basada esencialmente en ese estado, sólo puede afectar a las mujeres, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo,³⁷⁵ al gozar éstas de una protección que prohíbe su despido durante el periodo que comprende desde el comienzo del embarazo hasta el término de su permiso de maternidad.³⁷⁶

III. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad de trato implica algunas excepciones previstas propiamente en la Directiva 76/207, que suponen la libertad de los Estados miembros de excluir de su campo de aplicación, las actividades profesionales en las que el sexo sea una condición determinante, sin obstaculizar las normas protectoras de la mujer, especialmente las relativas al embarazo y maternidad.

Una de esas excepciones se disponía en el artículo 2o., párrafo 2, de la Directiva en cuestión, respecto a las profesiones excluidas y cuyo precepto señalaba que la presente Directiva no obstaculizaría la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su campo de aplicación aquellas actividades profesionales y, dado el caso, las formaciones que conduzcan a ellos, para las

92/85 CEE de 19 de octubre de 1992”, *Revista de Derecho Social*, núm. 7, julio-septiembre de 1999, pp. 109-119.

³⁷⁴ Durán López, Federico, “La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976”, *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Centro de Publicaciones-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, colección Encuentros, pp. 393-430.

³⁷⁵ TJCE, sentencia del 30 de junio de 1998, *Brown*, C-394/96, apartado 16, así como también en los siguientes casos: TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, C-179/88; TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, 177/88, apartado 12; TJCE, sentencia del 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C 421/92, apartado 14 y 15, y TJCE, sentencia del 14 de julio de 1994, *Webb*, 32/93, apartado 19.

³⁷⁶ Piqueras Piqueras, Ma. Carmen, “Protección frente al despido por razones ligadas al sexo o a la maternidad/paternidad”, en Ruíz Pérez, Esther (coord.), *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, pp. 261-279.

cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza y de las condiciones de su ejercicio.

Atendiendo a la interpretación del Tribunal de Justicia, el objetivo de esta disposición lo constituye:

No imponer a los Estados miembros, sino reservarles la facultad de excluir determinadas actividades profesionales del ámbito de aplicación de la Directiva. Esta disposición no tiene por objeto ni por efecto imponer a los Estados miembros una forma determinada para el ejercicio de esa facultad de derogación, y más aún, tal como resulta del estudio de derecho comparado presentado por la Comisión, teniendo en cuenta que las derogaciones en cuestión tienen razones de ser muy diversas y que muchas de ellas están estrechamente vinculadas a las reglamentaciones que regulan determinadas profesiones o actividades.³⁷⁷

Desde una óptica jurisprudencial, el Tribunal comunitario ha señalado tres características que determinan la exclusión de ciertas actividades profesionales: 1) que sean actividades específicas; 2) que cuenten con cierta transparencia que permita el control útil, ya sea por parte de la Comisión o por los tribunales nacionales, y 3) que éstas sean susceptibles de adaptarse a la evolución social.

Esta cuestión se dilucidó en el asunto *Comisión vs. Francia*, en el que el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros disponen de un cierto margen de apreciación para excluir determinadas actividades profesionales, pero sujeta a determinadas circunstancias: que la exclusión sólo pueda referirse a puestos específicos y que los Estados miembros estén obligados a examinar en forma periódica la legitimidad de la exclusión. Tal es el caso de las comadronas, actividad en las que las sensibilidades personales pueden desempeñar un papel importante en las relaciones entre ésta y la paciente. El Tribunal afirma que Reino Unido no había excedido los límites de las competencias que la

³⁷⁷ TJCE, sentencia del 21 de mayo de 1985, *Comisión contra República Federal de Alemania*, 248/83, apartado 36, recopilación 1985.

Directiva concede a los Estados miembros, al excluir a los hombres de dicha actividad profesional y de la formación que a ella conduce, manteniendo el Reino Unido abierta esta profesión a los hombres.³⁷⁸

El Tribunal de Justicia comunitario estableció que el artículo 9o. de la Directiva prevé dos fases: un examen periódico por los Estados miembros de la justificación de las derogaciones (profesiones y actividades) al principio de igualdad de trato, y un control de la Comisión mediante la comunicación del resultado de dicho examen.

Por su parte, en la sentencia *Comisión vs. República Federal de Alemania*³⁷⁹ el órgano jurisdiccional declaró que la exclusión respecto al acceso de la mujer a determinadas profesiones, exige la existencia de un catálogo motivado, preciso, controlable y revisado periódicamente por la Comisión con la finalidad de eliminar todo tipo de excepciones. En particular, en este asunto se plantea la necesidad de la existencia de una lista o catálogo preciso de las excepciones admitidas, en el que la posibilidad de derogación de un derecho reconocido en las normas comunitarias debiera ser interpretada de manera restrictiva.

Una cuestión similar se expone en la sentencia *Johnston*, en la que se plantea como excepción al principio de igualdad, las razones de protección de la mujer para acceder al servicio policial armado, pues el Tribunal interpreta que ésta constituye una de las actividades profesionales para la que el sexo resulta determinante, en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. En consecuencia, el Estado miembro puede considerar situaciones internas propias para reservar esta actividad a hombres equipados con armas de fuego. De tal manera afirma que las únicas excepciones expresas relativas al embarazo y a la maternidad previstas por la Directiva 76/207 tienen como finalidad ga-

³⁷⁸ TJCE, sentencia del 30 de junio de 1988, *Comisión contra Francia*, 318/86, apartado 25.

³⁷⁹ TJCE, sentencia del 21 de mayo de 1985, *Comisión contra República Federal de Alemania*, 248/83.

rantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer, así como las particulares relaciones entre la mujer y su hijo.

No obstante, establece que en determinados casos, razones de seguridad pública pueden considerarse excepción al principio de igualdad, dado que las condiciones de ejercicio de ciertas actividades policiales pueden ser tales, que el sexo constituya una condición determinante para su ejercicio. Por lo que en virtud de lo expresado por el artículo 9o., apartado 2, de la Directiva 76/207, un Estado miembro puede reservar a los hombres esas tareas, así como la formación profesional correspondientes.³⁸⁰ En este asunto, el Tribunal establece dos criterios de interpretación. Primero, esta excepción debe ser interpretada de manera restrictiva; segundo, debe ser respetando el principio de proporcionalidad, cuya exigencia consiste en que no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo propuesto. Por tanto, exige conciliar, en la medida de lo posible el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate.³⁸¹

Aun cuando las directivas, como norma comunitaria, dejen libertad a los Estados miembros para que articulen las medidas necesarias para ajustarse a la finalidad de esta normativa, su artículo 9o. dispone como sanción declarar nulas las disposiciones y actos empresariales discriminatorios.

³⁸⁰ TJCE, sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, apartado 37 y 44, asunto en el que se plantea la actividad de agente policial, en una situación interna con frecuentes atentados, como sucedía en Irlanda del Norte. Al respecto, véase el comentario a esta sentencia en Pedraz Calvo, Mercedes, “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y el principio de igualdad de trato entre el hombre y la mujer: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada el 15 de mayo de 1986, en el asunto 222/84”, *Noticias / CEE*, año III, núm., 26, marzo de 1987, pp. 122-128.

³⁸¹ TJCE, sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, apartado 38. Y también en términos similares se pronuncia en TJCE, sentencia del 30 de junio de 1988, *Comisión/ República Francesa*, 312/86, con respecto a los vigilantes de la administración penitenciaria.

En cuanto a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73, el artículo 2o., párrafo 6, expresa la facultad de los Estados miembros para establecer aquellas actividades profesionales que ya sea por su naturaleza, o bien, por el lugar en el que se desempeñen, sean propiamente desarrolladas por hombres o por mujeres. Sin embargo, la disposición contenida en la normativa en cuestión expresa, de manera restringida, que deben corresponder a actividades específicas y concretas, incluyendo dos condicionantes que justifiquen su finalidad legítima y la proporcionalidad del requisito, elementos justificativos previamente expresados en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Así señala el apartado 6o., del artículo 2, que:

Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.³⁸²

En el caso *Sirdar*, el Tribunal resuelve en términos similares a la sentencia *Johnston*, argumentando su postura en objetivos de seguridad pública. De ahí que declarase compatible con la Directiva 76/207, la exclusión femenina de los Royal Marines británicos, unidades de combate cuyos integrantes no contaban con funciones específicas, y a los que una mujer deseaba acceder al puesto de cocinera, con la obligación de aplicarse en cursos de capacitación, e incluso para actuar en combate.

Como se observa, la disposición comunitaria denota un carácter claramente potestativo por parte de los Estados miembros, al contar con la facultad de determinar qué tipo de actividades profesionales requieren una condición profesional especial, y

³⁸² TJCE, sentencia del 26 de septiembre de 1999, *Sirdar*, C-273/97.

que aun basada en el sexo, constituya un elemento indispensable, dada la naturaleza propia de la actividad a desempeñarse o bien, dependiendo del lugar en el que se desempeñe. No obstante, también establece una limitación en cuanto a la apreciación por parte de los Estados miembros al considerar la condición del requisito básico y condicionante.

IV. LA MATERNIDAD COMO MEDIDA PROTECTORA DE LA MUJER

El principio de igualdad de trato por razón de sexo es fundamentalmente un principio orientado a la mujer trabajadora. El artículo 2o., párrafo 3, de esta Directiva expresa la salvedad de que ésta no se opone a la existencia de disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.³⁸³ En el ámbito jurisprudencial, el primero ha sido considerado una enfermedad o incapacidad e inclusive, a nivel comunitario, la Comisión Europea lo ha considerado un estado físico de imprescindible protección y seguridad. De ahí que se haya introducido una Directiva europea específicamente relativa a la mujer trabajadora y a su protección en el embarazo y la maternidad.

Otra de las excepciones al principio de igualdad de trato por razón de sexo es la protección de la maternidad, estipulada en el artículo 2o., párrafo 3, de la Directiva en cuestión, señalando que la presente Directiva no obstará a la protección de la mujer, especialmente por lo que se refiere al embarazo y la maternidad. La maternidad es una excepción expresa que disponía la Directiva 76/207, referida fundamentalmente a la condición biológica de la mujer respecto del embarazo y del parto. Así, los Estados miembros pueden disponer de medidas diversas que aseguren su conservación de empleo, planteando la posibilidad de otorgar a

³⁸³ O'Donovan, Katherine, "Labour Law's Subject: a Hidden Agender?", en Kravaritou, Yota, *The sex of Labour Law in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 132-136.

la madre una baja por maternidad, después del plazo legal de protección, gozando de remuneración.³⁸⁴

El Tribunal de Justicia justifica esta excepción, al interpretar que corresponde reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere a estos dos aspectos biológicos. Tal disposición reconoce, por una parte, la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo. Por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, dado que el objetivo de igualdad entre hombres y mujeres es el establecimiento de un derecho desigual igualatorio. Esto es, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres.³⁸⁵

En el mismo sentido, en la sentencia Hofmann,³⁸⁶ el Tribunal comunitario establece la compatibilidad de la Directiva con aquellas normas que tienen por objeto otorgue derechos particulares a las mujeres en lo referente al embarazo, lactancia, y descanso antes y después del alumbramiento. De igual modo, el Tribunal afirma su empatía con aquellas normas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y eliminar las desigualdades reales que existan en perjuicio de las mujeres por esta causa, a tener como finalidad la protección de la condición biológica y la salud de la mujer, y a compatibilizar los derechos profesionales de la trabajadora. De esta manera, afirma el Tribunal comunitario que:

³⁸⁴ Charro Baena, Pilar, *op. cit.*, p. 52.

³⁸⁵ TJCE, sentencia del 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, apartado 21, recopilación 1994 y TJCE, sentencia del 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83, apartado 25.

³⁸⁶ TJCE, sentencia del 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83.

Las normas que tienen por objeto el reconocimiento de derechos a las mujeres en caso de maternidad y las que promuevan la igualdad de oportunidades para compensar o corregir los inconvenientes que por esta causa padezcan las mujeres, son absolutamente compatibles con la Directiva 76/207, y que una reglamentación nacional, en la que se disponga y reserve para la madre la posibilidad de obtener un permiso por maternidad, suplementario al legal, hasta que el niño alcance los 6 meses con derecho a remuneración, no es contrario a la Directiva 76/207.

Por su parte, en la sentencia Dekker³⁸⁷ el órgano jurisdiccional declaró que aquellas medidas que tengan por objetivo la protección de la maternidad serán legítimas desde el punto de vista del artículo 3o., párrafo 2, de la Directiva, al afirmar que la discriminación por causa de embarazo y maternidad constituye un supuesto de discriminación directa, de acuerdo al ordenamiento jurídico comunitario en materia de igualdad.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha expresado que no se puede alegar, para justificar una discriminación basada en el sexo, el perjuicio económico causado al empresario ocasionado por la contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad. También declara que no puede justificarse un tratamiento discriminatorio basado en el sexo, por el hecho de que la mujer embarazada no pueda desempeñar el puesto de trabajo durante el periodo de embarazo,³⁸⁸ por tanto, no es causa justificativa del despido laboral, el hecho de que la trabajadora no haya dado aviso al empresario de su embarazo.³⁸⁹

En términos similares, en el asunto Webb,³⁹⁰ el Tribunal comunitario ha expresado que el despido de una trabajadora que sustituya a una embarazada, al quedar también ella embarazada, constituye una discriminación directa por razón de sexo. Aquí la cuestión es el despido de una trabajadora por razón de sexo,

³⁸⁷ TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, 117/88.

³⁸⁸ TJCE, sentencia del 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, C- 207/98.

³⁸⁹ TJCE, sentencia del 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, C-109/2000.

³⁹⁰ TJCE, sentencia del 14 de julio de 1994, *Webb*, C-32/93.

específicamente a causa de su embarazo, prohibición que la Directiva 92/85/CEE señala respecto al despido de la mujer durante el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. El punto central a destacarse es que la trabajadora despedida había sido contratada de forma indefinida para sustituir a otra trabajadora a su vez embarazada. Así confirma el Tribunal comunitario el carácter discriminatorio de un despido ligado a una causa como el embarazo.

Otro asunto similar es la sentencia Hertz,³⁹¹ respecto al que el Tribunal declara que el despido de una trabajadora por motivo de su embarazo representa, al igual que el rechazo a su contratación, una discriminación directa fundada sobre el sexo. Sin embargo, afirma que un despido no resulta ser discriminatorio a causa de repetidas faltas al trabajo ligadas a un embarazo precedente, si la enfermedad se presenta tras la finalización de la suspensión del permiso de maternidad.

Ahora bien, estas normas de protección de la maternidad no deben confundirse con aquellas disposiciones que establecen prohibiciones a la mujer, por ejemplo, el acceder a trabajos en minas o respecto al trabajo nocturno, basadas en concepciones tradicionales que consideran a la mujer como sujeto inferior necesitado de protección especial.³⁹² Conviene señalar que el artículo 2o., párrafo 3, de la Directiva 76/207, representó una disposición inicial de protección de la maternidad, cuestión que sería complementada por el marco normativo establecido en la Directiva comunitaria 92/85, específicamente relativa a la protección de la maternidad.

De igual manera que en la Directiva 76/207, en esta nueva normativa comunitaria dispone la protección de la maternidad, expresada en su artículo 2o., párrafo 7, al establecer que la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad.

³⁹¹ TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, 179/88.

³⁹² Charro Baena, Pilar, *op. cit.*, p. 51.

Las modificaciones introducidas en la nueva Directiva 2002/73 aluden claramente a los criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal de Luxemburgo en materia de protección de maternidad, condición biológica propia de la mujer, asistiéndole determinados derechos durante y después del embarazo. Así lo muestra el artículo 2o., párrafo 7, que complementa la prohibición de despido a una mujer embarazada durante el periodo de embarazo hasta concluir el permiso por maternidad, a quien también le asistirá el derecho a reincorporarse en su mismo lugar de trabajo o uno equivalente, bajo condiciones exentas de cualquier tratamiento discriminatorio, así como el derecho a cualquier mejora que se hubiese establecido en las condiciones de trabajo.

Uno de los criterios emitidos por el Tribunal de Luxemburgo y que ha originado un importante número de sentencias en materia de discriminación directa, corresponde a considerar como tal, todo tratamiento discriminatorio basado en el embarazo o maternidad. De esta manera, el artículo 2o., párrafo 7, apartado 2, expresa que un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad, en el sentido de la Directiva 92/85/CEE, constituirá discriminación de acuerdo a la presente normativa. Este mismo precepto establece que las disposiciones establecidas en esta Directiva no limitarán lo expresado en las directivas sobre el permiso parental, así como también sobre la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, y continua el artículo señalando que:

La presente Directiva tampoco afectará el derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores —hombres y mujeres— del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

De esta disposición se deduce el derecho de permiso de maternidad de la mujer embarazada, cuestión que tanto en la jurisprudencia comunitaria como en el derecho internacional se encuentra específicamente garantizada.

A nivel internacional podemos citar el artículo 25, párrafo 2o., de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante el mismo periodo, a las madres que trabajen se les deberá conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.³⁹³ Dicha normativa ha gozado de amplio reconocimiento en el ámbito internacional por el concepto de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como también como sujetos de protección en el marco de la seguridad social, especialmente durante el periodo de 1975-1985, otorgando licencias por motivo de embarazo y posparto.

Básicamente son dos normas internacionales de la OIT en esta materia: el Convenio núm. 3 de 1919, relativo a la protección de las mujeres empleadas en empresas industriales o comerciales, que señala algunas prerrogativas, tales como el derecho de licencia de maternidad por un periodo de dos semanas, distribuidas antes y después del parto, asistencia médica gratuita, prestación derivada de fondos estatales, la garantía de no despido laboral durante el periodo que dure su licencia de maternidad, o bien de alguna enfermedad derivada del embarazo, descansos por lactancia en jornadas laborales, entre otras. Este primer Convenio se complementa con las disposiciones expresadas en la Recomendación núm. 12, enfocada primordialmente al compromiso de los Estados miembros en la adopción de medidas destinadas a

³⁹³ Brocas, Anne Marie *et. al.*, *Las mujeres y la seguridad social. Los progresos de la igualdad de trato*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, col. Informes OIT, núm. 19, pp. 84-112, en particular, pp. 84-96.

la protección de la maternidad a empleadas en empresas agrícolas, antes y después del periodo de parto.³⁹⁴

Otra normativa internacional es el Convenio núm. 103 de 1952, relativo a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, incluyendo aquellas trabajadoras por cuenta ajena que laboren en su domicilio. Este documento internacional, de igual manera, dispone una prestación destinada a la manutención de madre e hijo, fijando las prestaciones médicas, complementándose con lo dispuesto en la Recomendación núm. 95, a través de la cual se amplía la duración de licencia de maternidad a catorce semanas, concesión de prestaciones complementarias, medidas de protección de salud de mujeres embarazadas, así como también para jóvenes madres, instalaciones para periodo de lactancia, entre otras.

En el mismo sentido, uno de los aspectos más trascendentales de toda política comunitaria en materia de igualdad de trato es la conciliación de la vida familiar y profesional establecida expresamente en el artículo 2o., párrafo 7, apartado 3, de la Directiva comunitaria. Así pues, reconoce el derecho de ejercer por parte de los varones trabajadores, el permiso de paternidad, garantizándoles un marco jurídico de protección,³⁹⁵ resultando novedosa la obligación de los Estados miembros de aplicar el régimen jurídico de protección³⁹⁶ en los casos que ejerzan tal derecho, por ejemplo, la prohibición de despido,³⁹⁷ el derecho de reincorporación laboral,³⁹⁸ etcétera.

Uno de los instrumentos comunitarios en la materia, es la Resolución 2000/C218/02 del Consejo y de los ministros de trabajo

³⁹⁴ Ballester Pastor, Ma. Amparo, *op. cit.*, pp. 154-221, en particular, pp. 154-160.

³⁹⁵ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, nota 93, pp. 91-114.

³⁹⁶ Wynn, Michael, "Pregnancy discrimination: Equality, Protection or Conciliation?", *The Modern Law Review*, núm. 62-3, 1999, p. 435.

³⁹⁷ Foubert, Petra, *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community*, Den Haag, 2002.

³⁹⁸ Conaghan, L., "Pregnancy and the Workplace: a Question of Strategy?", *Journal of Law and Society*, vol. XX, 1993, p. 71.

y asuntos sociales, reunidos el 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. A través de este documento, se impulsa a los países miembros a llevar a cabo acciones y políticas comunitarias dirigidas al logro de la conciliación de los ámbitos familiar y laboral.

V. LAS ACCIONES POSITIVAS COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Una tercera excepción a que hace referencia el artículo 2o., de la Directiva 76/207, es la acción positiva, considerada como aquella medida a favor de la mujer en lo que al acceso al empleo se refiere, promoviendo la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, con el objetivo principal de eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre ambos sexos. Por su parte, los Estados miembros adoptan la obligación de suprimir toda conducta discriminatoria basada en el sexo, contenida en su norma o legislación. De esta manera se expresaba en su apartado 4 que la presente Directiva no obstaculizaba la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1, del artículo 1o.

El análisis del concepto de acción positiva con frecuencia se liga a la noción de discriminación positiva o, en terminología anglosajona, *reverse discrimination*, instrumento de acción positiva, que consiste en una medida diferenciadora encaminada a privilegiar a los integrantes de un colectivo que tradicionalmente ha sido discriminado de forma peyorativa. Sin embargo, y para destacar la diferencia entre ambos conceptos, se afirma que la primera (acción positiva) afecta al punto de partida, es decir, a la carrera profesional, mientras que la discriminación positiva, además de tener como propósito la igualdad de oportunidades, su objetivo también es la igualdad de resultados.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2o., párrafo 4, de la Directiva 76/207, las acciones protectoras³⁹⁹ tienden a remediar las desigualdades de hecho que afectan las oportunidades de las mujeres; instrumentos de igualdad que constituyen un factor importante de progreso, aunque no el único, en el contexto de la lucha jurídica contra la discriminación salarial, para conseguir en la realidad laboral, la igualdad de retribución por trabajo de igual valor. Así la Directiva, una vez acotado el ámbito general de su aplicación, expresaba de manera concreta las áreas específicas a aplicarse: el acceso al empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo.

Ahora bien, en la esfera programática comunitaria, existen diversos programas cuyo objetivo principal es la formación profesional y educación para las mujeres en la Comunidad Europea.⁴⁰⁰ Entre ellos podemos citar, Red Iris, específicamente de formación profesional de la mujer;⁴⁰¹ los programas Erasmus, Lingua, Comett II, Arion, Petra y Now, este último desarrollado en el ámbito empresarial, cuyo objetivo es la inserción laboral de las mujeres en este campo, determinada por diversos factores, como la situación laboral de la mujer,⁴⁰² las condiciones de trabajo, la educación y variables económicas.⁴⁰³

A lo dicho, hay que añadir que la Directiva 2002/73/CEE hace referencia a este tipo de medidas en su artículo 2o., párrafo 8, al expresar que los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del

³⁹⁹ Alonso Ligeró, Ma. de los Santos, *op.cit.*, p. 257.

⁴⁰⁰ *El trabajo de las mujeres a través de la Historia*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992, pp. 136-138.

⁴⁰¹ Rodríguez Marcos, Begoña, “Programas europeos de formación”, *III Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla-Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales, 1995.

⁴⁰² Izquierdo, Jesús *et. al.*, *La desigualdad de las mujeres en el tiempo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer, 1988, serie Estudios, núm. 20, p. 56.

⁴⁰³ Fernández Méndez de Andrés, Fernando, *Actividad laboral de la mujer en relación a la fecundidad*, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, 1987, serie Estudios, particularmente pp. 91-119.

Tratado de Ámsterdam, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres. El mismo precepto remite a lo expresado en el Tratado originario y doctrinalmente se declara la conveniente referencia a la Declaración XXVIII de este mismo tratado, que vislumbra con mayor claridad lo relativo a este tipo de medidas de igualdad.

Por consiguiente, esta nueva Directiva no establece como obligación de los Estados miembros la aplicación de este tipo de instrumentos, no obstante ello, alude a su conveniencia en su artículo 2o., párrafo 3, al disponer que cada cuatro años, los Estados miembros presentarán a la Comisión aquellas disposiciones de carácter legal, reglamentario o administrativo, en las que consten tales medidas y su aplicación, lo que con posterioridad será evaluado de manera comparativa por la propia Comisión. A todo ello, dicha disposición comunitaria resultó ser limitada y con una gran ausencia, la connotación conceptual de acciones positivas, enfocándose primordialmente a establecer el compromiso por parte de los países miembros a aplicarlas.⁴⁰⁴

Pese a todo ello, la importancia de esta nueva Directiva comunitaria ha sido crucial respecto a la aplicación del principio de igualdad de trato que se consagra por primera vez en el ámbito comunitario,⁴⁰⁵ al contemplar otras esferas en el área laboral,⁴⁰⁶ y ya no únicamente en materia de retribución.⁴⁰⁷

Aunado a lo anterior, hace extensiva la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al ámbito general de condiciones de trabajo, en los supuestos de cambio de sexo que impliquen un trato discriminatorio frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación.

⁴⁰⁴ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁰⁵ Botana, José María, "La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con tratados de asociación", en Rentero Jover, Jesús (dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y derecho comunitario*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, pp. 125-136.

⁴⁰⁶ Durán López, Federico, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁰⁷ Castello Rosello, Vicente, "Mujer y condiciones de trabajo", *Revista de Treball*, núm. 9, abril de 1989.

Es el caso de la sentencia P/S, en el que se plantea al Tribunal comunitario si el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo constituye una violación a la Directiva 76/207. El órgano jurisdiccional declara que, en efecto, tales discriminaciones se basan esencial, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Por lo tanto, cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación.⁴⁰⁸

VI. EL TRABAJO NOCTURNO DE LA MUJER

Existen ciertas medidas que en apariencia representan una protección a la mujer y que tienden a la participación laboral que ésta ha tenido a lo largo de la historia; sin embargo, resulta fácil deducir que tal normativa conlleva invariablemente una falta de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, al predominar los estereotipos tradicionales que ubican a éstas en puestos de trabajo típicamente femeninos.

Este tipo de medidas se ha considerado —aparentemente protectoras de la mujer— discriminatorio por razón de sexo, muy lejos de estimarse como acciones positivas, puesto que aun cuando este conjunto de medidas tenga su fundamento en razones estrictamente históricas, dejan de lado las transformaciones sociales, económicas y culturales que poco a poco han permitido la eliminación de los cánones históricos que determinan el ámbito laboral de las mujeres.⁴⁰⁹

Una de esas medidas es la prohibición del trabajo nocturno desempeñado por la mujer. El derecho comunitario contempla como excepción a la aplicación del principio de igualdad, sólo aquellas medidas protectoras relacionadas con el embarazo y el parto de la mujer.

⁴⁰⁸ TJCE, sentencia del 30 de abril, de 1996, *P/S y Cornwall County Council*, 13/94, recopilación 1996, apartado 21.

⁴⁰⁹ López Ortega, Ma. José, *op. cit.*, pp. 9-33, particularmente, pp. 21 y 22.

Salvo estas dos excepciones, el órgano jurisdiccional comunitario ha declarado que aquellas medidas protectoras de la mujer ya no tenían razón de ser, como por ejemplo, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres. Así lo estipula el artículo 5o., inciso c, de la Directiva 76/207, al señalar que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio, no tenga ya razón de ser.

Por su parte, al descanso nocturno de la mujer se ha considerado que obedece a razones de tipo sociológico, entre éstas, la larga tradición normativa protectora de la mujer trabajadora, al prohibirle realizar determinados trabajos, suponiendo de manera indirecta una mayor debilidad del sexo y, por tanto, un rendimiento y un salario inferior.⁴¹⁰

Así, por ejemplo, en el asunto *Stoeckel*, el Tribunal de Luxemburgo declara que no se justifica la prohibición del trabajo nocturno de la mujer, disposición que considera contraria al derecho comunitario, dado que es una cuestión de organización familiar o de reparto de responsabilidades en el seno de la pareja. El artículo 5o., de la Directiva 76/207 era bastante preciso, al imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición de trabajo nocturno para los hombres.⁴¹¹

De forma similar, en el asunto *Minne*, el Tribunal reconoce que la legislación belga establecía excepciones a la prohibición de trabajo nocturno, distintas para hombres y mujeres, y declaraba que:

⁴¹⁰ Duréndez Sáez, Ignacio, *La regulación del salario en España (1931-1996)*, Madrid, Consejo Económico Social, 1997, p. 51.

⁴¹¹ TJCE, sentencia del 25 de julio de 1991, *Stoeckel*, 345/89, recopilación 1991, apartado 20.

El apartado 1 del artículo 5o., de la Directiva se opone a que un Estado miembro mantenga en su legislación excepciones a una prohibición general del trabajo nocturno, supeditadas a requisitos más restrictivos para las mujeres que para los hombres y que no pueden justificarse ni por la necesidad de garantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer ni por las particulares relaciones entre la mujer y su hijo.⁴¹²

Por su parte, en el asunto Levy se plantea el efecto que implica la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la aplicación de la Directiva, teniendo en cuenta que Francia se había adherido al Convenio núm. 89 de la OIT, normativa que establece tal prohibición. En este sentido, el Tribunal declara que:

En la sentencia de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4074), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 5o. de la Directiva es lo bastante preciso como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres. De ello se deduce que, en principio, el Juez nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de esta norma, dejando inaplicada cualquier disposición nacional contraria.⁴¹³

En esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo interpreta como contrarias al derecho comunitario, las normas internas “protectoras” de la mujer que no estén estricta y directamente relacionadas con el hecho biológico de la maternidad, como lo es el trabajo nocturno de la mujer trabajadora, expresada en la normativa francesa.

⁴¹² TJCE, sentencia del 3 de febrero de 1994, *Minne*, 13/93, recopilación 1994, apartado 13.

⁴¹³ TJCE, sentencia del 2 de agosto de 1993, *Levy*, 158/91, recopilación 1993, apartado 9.

1. *La nueva Directiva comunitaria 2002/73, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207*

La Directiva 2002/73 representa un paso muy importante al establecer un mayor ámbito de aplicación⁴¹⁴ y al estar acorde al desarrollo de la política social comunitaria, así como a la numerosa jurisprudencia emitida por el Tribunal de Luxemburgo.

Desde una perspectiva doctrinal se justifica esta nueva Directiva, aludiendo a la finalidad de dotar al acervo comunitario de un marco global y coherente en materia de igualdad de trato, que refleje las nuevas exigencias jurídicas y sociales que demanda la realidad social europea,⁴¹⁵ y se vean claramente rebasadas las disposiciones establecidas en la Directiva 76/207.⁴¹⁶

La adopción de esta nueva normativa responde a la propia evolución que ha experimentado la política social comunitaria, incorporando conceptos novedosos y ámbitos de aplicación del principio de igualdad de trato y brindando así una mayor congruencia a la normativa comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres.⁴¹⁷ En similares términos se expresa el Programa de Acción Comunitaria en la lucha contra la discriminación 2001-2006, en su apartado 6, al señalar que la experiencia de la acción comunitaria, especialmente en el ámbito de la igualdad entre sexos, ha puesto de manifiesto que la lucha contra la discriminación requiere una combinación de medidas y, en particular,

⁴¹⁴ Revilla Esteve, Eugenia, “Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”, *Justicia Laboral, Revista de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, mayo de 2003, pp. 35-59, en especial, p. 37.

⁴¹⁵ Ballester Pastor, Amparo, “La propuesta de reforma de la Directiva 76/207: evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 221-242, en especial, p. 224.

⁴¹⁶ Torrente Gari, Susana, *op. cit.*, p. 197 y 209.

⁴¹⁷ Revilla Esteve, Eugenia, *op. cit.*, p. 38.

de legislación y acción práctica diseñadas para reforzarse mutuamente.⁴¹⁸

En el marco jurídico comunitario existen dos directivas comunitarias que toman como base el esquema de discriminación por razón de sexo.⁴¹⁹ La Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de su origen racial⁴²⁰ o étnico,⁴²¹ y la Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; toman como base el acervo comunitario de igualdad por razón de sexo para aplicarlo a otro tipo de causas⁴²² o motivos de discriminación, destacando el papel protagónico que ha jugado este principio en la esfera comunitaria.

La Directiva 76/207/CEE ha sido modificada por la Directiva 2000/73/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad respecto al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Uno de los aspectos que supuso mayor relevancia en la nueva Directiva 2002/73/CE es la definición conjunta de los términos discriminación directa y

⁴¹⁸ Pérez del Río, Teresa, *El acervo comunitario en materia de igualdad de trato. La adecuación del ordenamiento jurídico interno*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2003, pp. 29-45 y pp. 47-64.

⁴¹⁹ Fernández López, Ma. Fernanda y Calvo Gallego, F. J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Una ampliación del marco comunitario”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.

⁴²⁰ Ballester Pastor, María Aparo, “Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones o discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)”, en Salinas Molina, Fernando y Moliner Tamborero, Gonzalo (dirs.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, col. Cuadernos de Derecho Judicial, pp. 285-388.

⁴²¹ Gómez Muñoz, José Manuel, “La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.

⁴²² González Ortega, Santiago, “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.

discriminación indirecta, tomando en consideración la doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De esta manera, en su artículo 2o., párrafo 2, apartado 1, dispone que se entiende por discriminación directa la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. En cuanto a sus elementos, el Tribunal de Luxemburgo se ha referido a los criterios de identidad de trabajo, así como la incidencia mayor de este tipo de tratos desfavorables en materia salarial.

En particular, el artículo 2o., párrafo 2, apartado 2, define a la discriminación indirecta como 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.

En este mismo sentido, la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo, dispone otro concepto similar, al expresar que cuando una disposición, criterio, práctica o aparentemente neutros afecten a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que esa disposición, criterio o práctica resulten adecuados y necesarios y puedan justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

De la lectura de ambos conceptos resulta necesario hacer algunas puntualizaciones. De las dos definiciones expresadas prevalecen algunas diferencias. En principio de cuentas, sólo en la segunda definición se contempla como un elemento imprescindible de la discriminación indirecta, que el tratamiento discriminatorio afecte a un porcentaje considerable de personas pertenecientes a un determinado sexo. Una segunda apreciación es referente a la justificación de la medida o práctica, el segundo concepto debe consistir en elementos que la justifiquen de forma objetiva

y, por consiguiente, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Al analizar el concepto de discriminación indirecta, podemos advertir que ha sido uno de los aspectos que el Tribunal comunitario ha desarrollado de manera casuística, emitiendo una abundante jurisprudencia al respecto.⁴²³ Asimismo, expresa que corresponde al Estado miembro justificar la aplicación de su política social, mediante dos aspectos: los objetivos legítimos y la proporcionalidad de los medios empleados, aun cuando tal medida resulte perjudicial para un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras con relación a los trabajadores.

Desde un punto de vista doctrinal, se afirma que los datos estadísticos constituyen el medio a través del cual se puede demostrar la existencia de discriminación indirecta, comprobándose así el trato discriminatorio para un determinado grupo, correspondiendo al juez nacional definir, con los datos estadísticos obtenidos, en qué medidas se concluye.⁴²⁴

A este respecto, en la sentencia Seymour-Smith y Pérez se desprendieron datos estadísticos que no evidenciaban un trato desfavorable al grupo integrado mayoritariamente por trabajadoras, considerando como aspecto primordial el número de trabajadoras y trabajadores. A éstas correspondía un 68.9%, con relación al colectivo de trabajadores, con 77.4%, expresando que el grupo laboral femenino no cubría los requisitos expuestos en la normativa en cuestión.⁴²⁵

En esta misma línea de relevancia jurídica corresponde referirnos al acoso sexual, tópico especialmente regulado por esta Directiva 2002/73, cuya regulación normativa se concebía con anterioridad en instrumentos comunitarios sin carácter vinculante. A

⁴²³ Véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias: TJCE, sentencia del 13 de diciembre de 1989, *Ruzius*, C-102/88; TJCE, sentencia del 1o. de julio de 1986, *Rummler*, C-237/85; TJCE, sentencia del 27 de junio de 1990, *Kowalska*, C-33/89; TJCE, sentencia del 27 octubre de 1993, *Enderby*, C-127/92; TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, C-170/84, entre otras.

⁴²⁴ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, pp. 96-98.

⁴²⁵ Ordóñez Solís, David, *op. cit.*, pp. 138-146.

raíz de los constantes debates de los interlocutores sociales, esta figura discriminatoria fue objeto de regulación en esta Directiva europea. Si bien es cierto que había gozado de interés en las distintas instancias comunitarias —mediante informes, iniciativas, estudios y análisis de expertos en la materia, mostrando la problemática en el ámbito de las relaciones laborales— aun prevaleciendo en los Estados miembros pleno consenso al considerarla discriminatoria, el derecho comunitario carecía de su definición normativa y obligatoriedad. Por lo que se refiere a sus elementos espaciales, el apartado 8 de la Directiva 2002/73 incluye el acceso al empleo y formación profesional durante el empleo y la ocupación.

Partiendo de estas premisas y a la vista de la normativa existente, podemos advertir que fue a través de esta nueva Directiva que configura la trascendencia de este problema, así como también sus graves consecuencias, ya no sólo en el terreno individual, sino también en el ámbito empresarial.

En términos generales, se considera al acoso sexual como un obstáculo para la adecuada integración de la mujer en el mercado de trabajo, y como una forma de discriminación por razón de sexo, incluyendo su existencia normativa⁴²⁶ y vinculante.⁴²⁷

En términos precisos, en el artículo 1o., de esta Directiva, se incorpora la igualdad entre mujeres y hombres, como un objetivo comunitario en el que los Estados miembros deben comprometerse, al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades en los ámbitos contemplados en el apartado 1.

Aquí cabe destacar que el artículo 2o., apartado 1, resulta ser prácticamente el mismo, sin ninguna modificación esencial, respecto a lo establecido en la Directiva 76/207, considerando el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discrimi-

⁴²⁶ Véase el Tercer Programa de Acción Comunitario sobre igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, 1991-1995 [COM(90) 449 del 6 de noviembre de 1990].

⁴²⁷ Ballester Pastor, Amparo, *op. cit.*, p. 234.

nación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.⁴²⁸

No es difícil deducir que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial,⁴²⁹ los conceptos de discriminación directa e indirecta hayan estado propiamente definidos;⁴³⁰ sin embargo, en el ámbito de las directivas comunitarias,⁴³¹ estos dos conceptos estarían perfectamente delimitados en el artículo 2o., párrafo 2, de la Directiva mencionada.

En el terreno de la doctrina existe una abundante bibliografía al respecto, coincidiendo la mayoría de los autores en los elementos de la discriminación directa (trato desfavorable cuya razón o motivo es perceptible de forma evidente), y discriminación indirecta (trato aparentemente neutro pero con consecuencias perjudiciales a un determinado grupo o colectivo).

En los supuestos de discriminación directa, el Tribunal de Luxemburgo establece una relación total y absoluta con el embarazo —como en los asuntos Webb,⁴³² Dekker,⁴³³ entre otras— y se pronuncia por primera vez respecto al concepto de discriminación indirecta en una dinámica casuística, expresando su postura en sentencias relativas a los supuestos discriminatorios en materia de trabajo parcial, modalidad laboral mayoritariamente desempeñada por el sexo femenino. Así el órgano jurisdiccional declara que corresponde al empresario demostrar las condiciones o factores que de manera objetiva justifiquen tales tratos discriminatorios, ajenos a factores de discriminación por razón de sexo, proporcionalidad, idoneidad de los medios empleados, necesidad objetiva de la empresa, finalidad legítima, etcétera.

Por todo merece la pena destacar que la Directiva europea 2002/73 dispone un marco de seguridad jurídica, que garantiza la

⁴²⁸ Torrente Gari, Susana, *op. cit.*, p. 201.

⁴²⁹ García-Perrote Escarpín, Ignacio, *op. cit.*, p. 249 y ss.

⁴³⁰ Rodríguez-Piñero, Miguel, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

⁴³¹ Lousada Arochena, José Fernando, *op. cit.*, pp. 217-220.

⁴³² TJCE, sentencia del 14 de julio de 1994, *Webb*, 32/93.

⁴³³ TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, 177/88.

aplicación del principio de igualdad de trato, así como una tutela jurisdiccional. Así lo expresa en el artículo 3o., párrafo 2:

Para ello, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:

a) Se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato.

b) Se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales.

De modo similar, la antigua Directiva 76/207 señalaba esta prerrogativa en su artículo 6o., al disponer la obligación de los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos nacionales las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

Otra disposición más del sistema garante a que se refiere el artículo 6o., párrafo 1, es la relativa a establecer que esta misma protección jurídica le asiste a la persona trabajadora, operando la tutela jurisdiccional aún cuando se haya culminado la relación laboral. De esta manera señala que:

Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y/o administrativos, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva a favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

Al hecho anterior se observa la aplicación de medidas destinadas a la garantía de reparación del daño como parte del sistema de seguridad jurídica, disponiendo el derecho a indemnización o

reparación con dos cualidades específicas: que sea real y efectiva con relación al perjuicio ocasionado por el trato discriminatorio por razón de sexo. Así se expresa en el artículo 6o., párrafo 2:

Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3o., de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo.

Por su parte, el artículo 6o., párrafo 3, también alude a los supuestos de representación jurídica o coadyuvancia al demandante en la iniciación procedimental por parte de las diferentes asociaciones u organizaciones consideradas personas jurídicas, actuando a representación o en apoyo del demandante, expresando el compromiso de los países miembros. Al respecto, expresa lo siguiente:

Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.

Por último, por lo que se refiere a uno de los elementos que integran el marco de seguridad jurídica en materia antidiscriminatoria establecido en la Directiva 2002/73, el contenido del artículo 7o. expresa la protección jurídico-laboral de los representantes de los trabajadores, así como de ellos mismos, en los

supuestos de despido o de otro trato desfavorable, ejecutado por el empresario a manera de represalia como consecuencia de una reclamación por parte del trabajador o trabajadora, o bien, por haber ejercitado alguna acción judicial cuya finalidad consista en exigir la aplicación del principio de igualdad. De esta manera señala que:

Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Es necesario precisar que la Directiva europea en análisis también dispone —como una de las medidas destinadas a mejorar la eficacia de los procedimientos de tutela jurisdiccional, expresada en su artículo 8o., quinto—, la obligación de los países miembros de adoptar un régimen de sanciones para garantizar la debida aplicación de las disposiciones nacionales en materia anti-discriminatoria. De igual modo, en caso de su incumplimiento integra un conjunto de sanciones —como la indemnización de la víctima—, que responderán a su carácter efectivo, desincentivador y proporcional.

Resulta importante advertir que en el marco de la nueva Directiva comunitaria 2002/73/CEE, los cuatro apartados que incorpora el artículo 8o. *ter*, se reconoce la importancia de la negociación colectiva⁴³⁴ y los acuerdos entre los interlocutores sociales (empresarios y representantes de las y los trabajadores)⁴³⁵ como

⁴³⁴ Casas Baamonde, M^a Emilia, “La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los «interlocutores sociales europeos»)”, *Relaciones Laborales*, 1998-II, pp. 71-84.

⁴³⁵ Merino Segovia, Amparo, “Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 20, octubre-diciembre de 2002, pp. 205-212.

principales instrumentos para el fomento y la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materias de índole laboral⁴³⁶ planteadas por la propia Directiva comunitaria.⁴³⁷

En este mismo sentido, destaca la importancia de algunos preceptos incluidos en esta normativa comunitaria. En primer lugar, el precepto 8 *bis*, que dispone la obligación de los Estados miembros relativa a nombrar organismos dedicados al fomento, promoción, desarrollo y aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de igualdad de trato, entre otras razones porque refleja el deber de compromiso en el fomento y promoción de esta política antidiscriminatoria a nivel institucional, brindando asistencia a las víctimas de tratos discriminatorios, elaborando informes y estudios independientes, así como también recomendaciones de cualquier índole en materia de no discriminación.

Otro de los numerales que sigue esta misma línea, es el artículo 8o. *quatre*, que establece de manera obligatoria el compromiso por parte de los países miembros de impulsar el diálogo social entre aquellos organismos no gubernamentales que teniendo interés legítimo en la lucha contra la discriminación por razón de sexo, participen como entidades auxiliares, fomentando de esta manera la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato.⁴³⁸

De manera particular, resulta trascendental el papel significativo que han tenido las organizaciones no gubernamentales en materia de igualdad y no discriminación, mediante el fomento de los intercambios de buenas prácticas, así como la cooperación y trabajo en red con aquellos organismos especializados en materia de igualdad. De la misma forma, se establece la necesidad de implicar a todas aquellas organizaciones, organismos e interesados

⁴³⁶ *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2003.

⁴³⁷ Revilla Esteve, Eugenia, *op. cit.*, p. 53.

⁴³⁸ “Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos”, Comisión Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 1o. de junio de 2005 COM(2005) 224 final, p. 8.

tanto a escala nacional como europea en el fomento y la aplicación eficaz del principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres.

Por último, debemos dejar sentado que en el artículo 2o., párrafo 1, se establece la obligación de los Estados miembros de aplicar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la transposición de esta nueva Directiva a llevarse a cabo como fecha límite el 5 de octubre de 2005, mediante una norma, reglamento o disposición administrativa, o bien, por los interlocutores sociales mediante acuerdos o convenios. Y transcurridos tres años a partir de su entrada en vigor, el artículo 2o., párrafo 2, expresa que los Estados miembros proporcionarán toda la información necesaria a la Comisión, para que ésta a su vez emita un informe respecto a la aplicación de esta normativa, el cual presentará al Parlamento y al Consejo.

Por su parte, en el artículo 2o., párrafo 3, se incluye una disposición especial relativa a acciones positivas, al disponer la obligación de los Estados miembros de informar dentro de un periodo de cuatro años sobre las disposiciones de carácter legal, reglamentario o administrativo que correspondan a la adopción de medidas de acción positiva, así como también a su aplicación, información con la que la Comisión emitirá un informe evaluativo y comparativo de la aplicación de tales medidas.

De la lectura de las anteriores disposiciones, deducimos que la Directiva 2002/73 incorpora diversas acotaciones específicas en materia antidiscriminatoria, cuestiones que en gran medida estaban prácticamente ausentes, o en el mejor de los casos, incluidas de manera escueta y restringida en la directiva 76/207. Por tanto, con esta Directiva europea se integran nuevos marcos de aplicación del principio de igualdad de trato, integrando junto con las dos Directivas del año 2000 (2000/43 y 2000/78), un marco jurídico integral y congruente que representa el avance y desarrollo de la política social en su conjunto, enfocada especialmente a la igualdad de trato.⁴³⁹

⁴³⁹ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, p. 91.

De esta manera la nueva Directiva amplía a todas luces el ámbito de aplicación establecido en la Directiva 76/207, además establece una serie de disposiciones que en gran medida dan a conocer un esquema jurídico en materia antidiscriminatoria mejor estructurado, sistematizado y regulado, superando los vacíos que suponía la Directiva 76/207.

2. *Situación actual de la mujer en el mercado laboral en la Unión Europea*

Transcurridos prácticamente cincuenta años desde que en el Tratado de Roma de 1957 se plasmara el principio de igualdad retributiva entre trabajadores de ambos sexos, aún hoy, a pesar de diversas disposiciones normativas referentes a la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, al ser establecida de manera formal, prevalecen significativos desequilibrios:⁴⁴⁰ un abismo salarial entre mujeres y hombres en el terreno laboral,⁴⁴¹ condiciones de trabajo, formación y promoción profesional,⁴⁴² así como también en cuanto a la representación política en puestos de toma de decisiones.

En el ámbito de la Unión Europea, los hombres ganan una media de 20%, más que las mujeres, siendo Alemania, Grecia y República Checa los tres países miembros donde se percibe con mayor evidencia esta desigualdad salarial. Una de las razones que explican esta situación es la mayor presencia femenina en los puestos de trabajo a tiempo parcial, empleos con menor retribución salarial, provocado en gran parte por el reparto desigual

⁴⁴⁰ *La Vanguardia*, 30 de junio de 2005.

⁴⁴¹ Castro Argüelles, Ma. Antonia, "Jurisprudencia constitucional (y comunitaria) en materia de igualdad salarial", *Tribunal Social, Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 87, marzo de 1988, pp. 142- 165.

⁴⁴² Martín Urriza, Carlos y Zarapuz Puertas, Luis, *Empleo y discriminación salarial. Un análisis desde la perspectiva de género*, Madrid, Gabinete Técnico Confederado de CC. OO., Comisión de las Comunidades Europeas-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 88-91.

de las responsabilidades familiares, que recaen con gran peso en las mujeres.

En este sentido, en términos porcentuales, la diferencia en materia de retribución en la Europa de los veintisiete Estados se mantiene en un 15% favorable a los hombres, sin presentarse cambios con anterioridad a la ampliación.⁴⁴³

Se han experimentado avances en materia de igualdad de retribución a raíz de la puesta en marcha de la estrategia marco de igualdad entre mujeres y hombres, pero prevalece la indudable relación directa de la situación de la mujer en el mercado de trabajo y la conciliación de la vida familiar y profesional. En la práctica, tal cuestión se aprecia como un problema mayoritariamente femenino, a tal grado que la existencia de hijos menores determina en gran medida la actividad de la mujer en la estructura laboral comunitaria.⁴⁴⁴ A pesar de la exigencia internacional y comunitaria del cumplimiento de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, las estadísticas publicadas por la propia Unión Europea muestran que la mujer es quien ha estado en peores condiciones salariales, percibiendo un porcentaje evidentemente menor con respecto a los hombres (gráfica 1).

En este mismo sentido, en la esfera comunitaria, el problema de la diferencia salarial no es exclusivo de la mujer con responsabilidades familiares, sino del trabajo femenino en general, y la desigualdad salarial se presenta con mayor índice en el sector privado, determinado por factores tales como la segregación profesional basada en el sexo, la menor valoración del empleo feme-

⁴⁴³ “Hacia una sociedad más igualitarista en cuestión de género. Europa más allá del género”, *El Magazine de Educación y Cultura*, núm. 25, 2005, porcentaje que se justifica debido a la mayor presencia femenina en los empleos a tiempo parcial, correspondiéndoles un 30.6% en relación a los hombres, con un 6.6%.

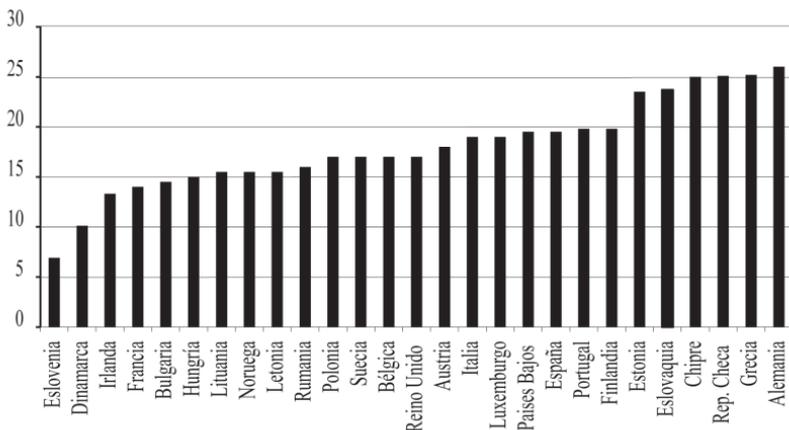
⁴⁴⁴ “Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres”, 2005, Bruselas, 14 de febrero de 2005, COM(2005), 44 final, p. 5.

nino, así como también los sistemas de clasificación profesional y, por ende, salarial.⁴⁴⁵

A pesar de haberse obtenido significativos logros en materia de igualdad, dejando de lado al hombre como cabeza de familia, e integrando a las mujeres a la vida económica, surge la necesidad de afrontar los nuevos retos que implican que éstas se incorporen cada vez más al mercado laboral. No resulta fácil conciliar la vida laboral y familiar, puesto que siguen siendo ellas quienes, en gran parte, tienen que hacer frente a esta difícil tarea.

Analizando el esquema heterogéneo y desigual de los salarios y las diferencias retributivas en los diferentes Estados comunitarios, éstos constituyen un aspecto más que denota la evidente desigualdad entre mujeres y hombres en materia de empleo.

GRÁFICA 1
*Porcentaje de la brecha salarial
entre mujeres y hombres 2007*



Véase, Eurostat 2008 <http://epp.eurostat.cec.eu.int/>.

⁴⁴⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones 2004 sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres, Bruselas, 19.2.2004, COM (2004) 115 final, pp. 3-14, en particular pp. 4-7.

Uno de los fenómenos que persiste en la vida social y económica de Europa es la discriminación salarial por razón de sexo, enraizada por prejuicios culturales representados en la estructura social y confirmada por la situación de manifiesta inferioridad laboral de la mujer respecto del varón, considerándose su trabajo complementario y, por consiguiente, secundario⁴⁴⁶ respecto al desempeñado por el hombre.⁴⁴⁷

El aparente objetivo protector en los orígenes de la normativa laboral respecto de las mujeres, representaba en gran medida la infravaloración del trabajo femenino equiparable al trabajo infantil, considerados ambos como medias fuerzas de trabajo. A partir de 1919, la OIT considera como su fundamento básico, la protección del trabajo de las mujeres y los niños, para adoptar, posteriormente, en 1951, el Convenio Internacional del Principio de Igualdad Salarial.⁴⁴⁸

Desde un punto de vista estrictamente económico, la desigualdad retributiva obedece a las diferencias de productividad entre mujeres y hombres, influyendo no sólo factores individuales, sino de índole familiar respecto a los roles desempeñados por ambos sexos. Aunado a ello, la menor jornada de trabajo de las mujeres constituye otro elemento considerable para la evaluación de los menores ingresos económicos percibidos por éstas. Así, por ejemplo, la participación laboral de las mujeres casadas dependerá en gran medida de tres aspectos fundamentales: la presencia de hijos en el hogar, la situación laboral de su pareja, y por último, las rentas de la unidad familiar,⁴⁴⁹ en lo que

⁴⁴⁶ Malkile, B. y Malkiel, J., "Male-Female Pay Differentials in Professional Employment", *American Economic Review*, vol. 63, 1973, pp. 693-705.

⁴⁴⁷ Martínez Abascal, Vicente-Antonio, "Reflexiones en torno a la discriminación salarial por razón de sexo", VV.AA., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, XI Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, 1991, vol. II, pp. 117-120.

⁴⁴⁸ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

⁴⁴⁹ Moreno Raymundo, Gloria *et. al.*, *La participación laboral femenina y la discriminación salarial en España (1990-1991)*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, colección estudios, núm. 29, p. 14.

opera la regla de a un mayor nivel educativo, corresponde menor diferencia salarial entre mujeres y hombres.⁴⁵⁰ Otro factor significativo en el fenómeno de la discriminación salarial de la mujer en la Europa comunitaria es de carácter social y cultural referido particularmente, a la división del trabajo basada en parámetros estrictamente sexuales.⁴⁵¹

Si bien es cierto que se ha experimentado un importante avance en materia de igualdad, también lo es que aún queda mucho por lograr, dado que en las mujeres persisten situaciones de discriminación, percibiéndose con mayor evidencia y claridad en el ámbito retributivo.

Desde el análisis económico se ha tratado de explicar este tipo de discriminación, aludiendo a las dos posiciones de la teoría del capital humano.⁴⁵² La primera desde la perspectiva de la oferta de trabajo, que explica la desigualdad salarial de las mujeres basada en su diferencia de productividad, dado que cuenta con un menor capital humano.⁴⁵³ La segunda posición, desde la visión de la demanda de trabajo, argumentando que las diferencias salariales por razón de sexo suponen lisa y llanamente tratamientos discriminatorios injustos⁴⁵⁴ en personas o individuos igualmente

⁴⁵⁰ Andrés, J. y García, J., “El nivel de estudios como factor explicativo del desempleo, de los ingresos y de la movilidad laboral”, *Economía Industrial*, marzo-abril de 1991, pp. 13-22.

⁴⁵¹ Castaño, Cecilia *et. al.*, *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, colección Estudios, núm. 73, pp. 27-30.

⁴⁵² Pérez Camarero, Santiago e Hidalgo Vera, Álvaro, *Los salarios en España*, Madrid, Fundación Argentaria, 2000, colección Economía Española, pp. 258 y 259.

⁴⁵³ Peinado López, María Amalia, *Un análisis microeconómico de las diferencias salariales entre hombres y mujeres*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, colección Informes, serie Empleo, pp. 143-147.

⁴⁵⁴ *Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor. Un acercamiento a la comprensión del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres*, 4a. ed., Madrid, CC.OO-Secretaría Confederal de la Mujer, 1998, p. 10.

capaces.⁴⁵⁵ Lo cierto es que la discriminación salarial se traduce en una evidente diferencia de ingresos que perciben tanto mujeres como hombres, con absoluta desigualdad.

Dentro de los múltiples factores determinantes en la brecha salarial entre mujeres y hombres⁴⁵⁶ específicamente encontramos la acentuada segregación ocupacional y la temporalidad del empleo femenino. Tales condiciones explican que las mujeres se encuentren desempeñando empleos de escasa cualificación profesional, en trabajos eventuales o bien, en la modalidad laboral a tiempo parcial, con mayor predominio en sector servicios, y que se sitúen en el nivel más bajo de la escala salarial. Un segundo factor atiende al predominio de consideraciones sexistas en el diseño de los sistemas de clasificación profesional y de valoración de puestos de trabajo. Gran parte de éstos disfrazan supuestos de tratamiento discriminatorio por razón de sexo, atribuyendo una mayor valoración a aquellos puestos de trabajo que requieren determinadas características o aptitudes propias de cierto sexo, evidentemente del varón, por ejemplo, el esfuerzo físico, minusvalorando los puestos laborales ocupados por mujeres. Aunado a lo anterior, la desigualdad salarial, el tipo de contrato, la temporalidad laboral de las trabajadoras,⁴⁵⁷ el nivel de formación profesional, el tipo de ocupación, el tamaño de la empresa, la edad, el tipo de jornada, y el acantonamiento de mujeres⁴⁵⁸ resultan condicionantes en la desigualdad salarial en Europa.

⁴⁵⁵ Caín, G. G., “El análisis económico de la discriminación en el mercado laboral: una panorámica”, en Ashenfelter y Layard (comps.), *Manual de economía del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pp. 34-48.

⁴⁵⁶ Sanguinetti Raymond, Wilfredo, “Mecanismos legales de lucha contra la discriminación en el empleo”, en Martínez Gallego, Eva María y Reguero Celada, Justo (coords.), *Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad*, Comares, Granada, 2004, pp. 33-42, en particular, pp. 38-41.

⁴⁵⁷ Pavan-Woolfe, Luisella, “Progressive Implementation; New Developments in European Union Gender Equality Law”, Conferencia, The Hague, DG Employment and Social Affairs European Commission, 18-20 de noviembre de 2004, pp. 1-9.

⁴⁵⁸ Briz, Carmen, “Entrevista sobre desigualdad retributiva con Eva Saldaña”, *Trabajadora*, IV Época, núm. 15, febrero de 2005, pp. 10-12, en particular p. 10.

En el seno de la Europa comunitaria se ha percibido con toda claridad una línea divisoria bajo los parámetros de género en el terreno laboral. Ha predominado la feminización en determinadas áreas específicas, fundamentalmente en el sector servicios, caracterizados por una escasa cualificación profesional y con bajas retribuciones. Comparativamente, en el trabajo tradicionalmente desempeñado por hombres, se ha otorgado mayor valoración a aquellos puestos laborales que requieren penosidad y esfuerzo físico, y por ende, una retribución superior, empleos en los que el acceso laboral femenino se ha mostrado prácticamente impermeable.

Las diferentes iniciativas comunitarias en las que se ha integrado la dimensión de la igualdad entre mujeres y hombres ha significado un importante avance en el ámbito laboral. Un ejemplo de ello es lo establecido en el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, en el que se contemplaba como objetivo prioritario el pleno empleo, y concretamente para las mujeres en un 60%.⁴⁵⁹

No obstante, la realidad social es muy diferente. La aplicación de la dimensión de género no ha resultado ser sistemática, la precariedad laboral afecta en mayor medida a las mujeres, bajo modalidades laborales precarias, por lo que prevalece el paro femenino.⁴⁶⁰ Es necesario adoptar políticas comunitarias dirigidas a lograr una plena igualdad salarial, eliminar la diferente tasa de desempleo entre mujeres y hombres, mejorar las condiciones y la calidad de trabajo de las mujeres, así como aplicar políticas que incentiven y fomenten la conciliación de la vida laboral y familiar.⁴⁶¹

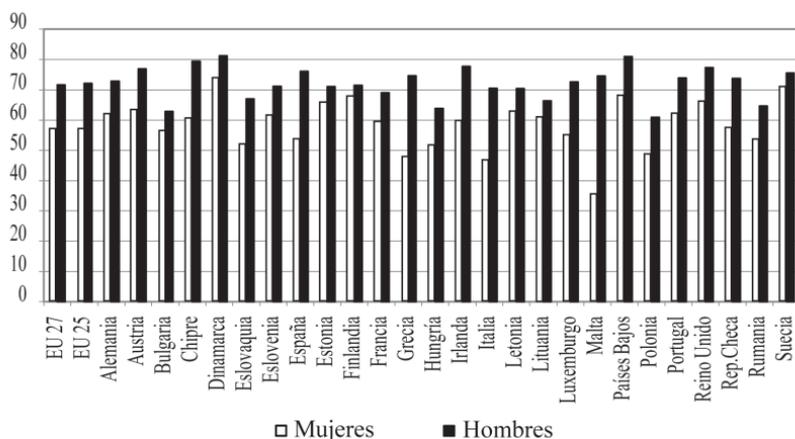
⁴⁵⁹ Gil Pérez, M^a Encarnación, “Mujer y salud laboral”, en Ruíz Pérez, Esther (coord.), *Mujer y Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, pp. 129-156.

⁴⁶⁰ Garrido Pérez, Eva, “Acceso al mercado de trabajo y valoración del empleo femenino: norma y realidad”, en Vivas Larruy, Ángeles (dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Madrid, Consejo del Poder Judicial, 2004, pp. 200-216.

⁴⁶¹ Reguero Celada, Justo, “La igualdad de trato desde la estrategia europea de empleo (una perspectiva globalizadora)”, en Martínez Gallego, Eva María y

Los datos relativos a la tasa de empleo de hombres y mujeres en el 2006 reflejan que la participación laboral femenina presenta una peor situación con respecto a los hombres. Por ejemplo, en Malta, Italia y Grecia se registran los menores índices de actividad femenina (34.9%, 46.3% y 47.4%, respectivamente), en comparación con Dinamarca, Suecia y Países Bajos (73.4%, 70.7%, y 67.7%, respectivamente), los tres Estados miembros con mayor presencia femenina en el mundo laboral (gráfica 2).

GRÁFICA 2
Porcentaje de empleo entre mujeres y hombres 2007



Véase, Eurostat 2008 <http://epp.eurostat.ec.eu.int/>.

Aun cuando puedan existir puestos de trabajo ocupados por mujeres profesionales, intelectuales, técnicas, en el sector de la enseñanza, investigación, etcétera, altamente cualificadas, éstas constituyen un número mínimo respecto a quienes agrupan el conglomerado masivo de la feminización de la actividad laboral en sectores de economía terciaria, la mayoría de ellas desarrollando labores de tipo administrativo.

Reguero Celada, Justo (coords.), *Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad*, Granada, Comares, 2004, pp. 43-59.

Cada vez resulta más evidente que el aumento de la tasa de participación femenina no implica automáticamente una reducción de diferencias salariales entre hombres y mujeres, dado que éstas se encuentran estrechamente unidas a desigualdades de género estructurales en el mercado de trabajo, referida específicamente a la discriminación social.⁴⁶² Un ejemplo es lo que la Comisión Europea ha denominado Contrato social de género o sistemas de género, y que define como un conjunto de pautas implícitas y explícitas que rigen las relaciones entre hombres y mujeres, según las cuales se atribuyen a unos y a otras, distintos conceptos de trabajo y valor, responsabilidades y obligaciones.

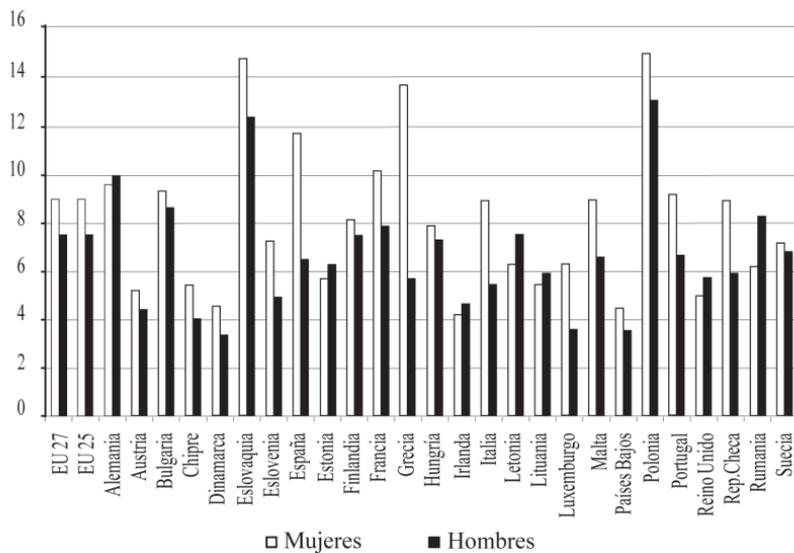
Esta situación se articula en tres niveles: la superestructura cultural (normas y valores de la sociedad), las instituciones (sistemas de protección de la familia, educativo y de empleo, etcétera), y los procesos de socialización (sobre todo en el seno de la familia).⁴⁶³

Los datos estadísticos sobre desempleo entre mujeres y hombres en la Europa comunitaria ponen de relieve que la inactividad laboral repercute en mayor medida sobre las mujeres respecto de los hombres, presentando un mayor porcentaje de paro femenino en Polonia, Eslovaquia y Grecia (19.2%, 17.3% y 15.5%, respectivamente), mientras que se observa un menor índice de desempleo femenino en Irlanda, Reino Unido y Países Bajos (3.9%, 4.2%, 5.3%, respectivamente en la gráfica 3).

⁴⁶² *Elementos para una posición española en la Conferencia Intergubernamental de 1996*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1996.

⁴⁶³ *100 palabras para la igualdad: glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres*, Luxemburgo, Comisión Europea-Dirección General de Empleo-Asuntos Sociales y Educación-Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, p. 11.

GRÁFICA 3
*Porcentaje de desempleo entre hombres
 y mujeres 2007*



Véase, Eurostat 2007 <http://epp.eurostat.cec.eu.int/>.