



LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES DE LA LEY PARA LA IGUALDAD Y LA HERENCIA COMUNITARIA ¹

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

*Profesora Titular Universidad
Derecho del Trabajo y de la seguridad Social
Universidad Islas Baleares*

EXTRACTO

El trabajo analiza el alcance de los conceptos antidiscriminatorios incorporados a la Ley 3/2007 desde una perspectiva que permita anticipar el modo en que los mismos deben ser interpretados y aplicados a partir de ahora en España.

Para ello la autora describe y comenta el desarrollo que, desde antiguo, han tenido dichos conceptos en el ámbito del Derecho comunitario, con el objetivo de detectar tendencias y anticipar efectos en el ordenamiento español. Particular atención se presta a las diferencias en las formulaciones de cada uno de los ordenamientos (comunitario e interno español) para detectar eventuales mejoras o contradicciones. El análisis toma también como referencia comparativa el texto de la Ley de igualdad que en España desarrolla las otras causas de discriminación prohibida (Ley 62/2003), para destacar las diferencias y denunciar los efectos que provoca la disgregación reguladora.

El trabajo utiliza una perspectiva fundamentalmente conceptual, pero establece conexiones con otros preceptos de aplicación directa de la Ley 3/2007, con otras normas antidiscriminatorias tanto internas como comunitarias y, sobre todo, con la interpretación jurisprudencial que, de los principios antidiscriminatorios han realizado hasta ahora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal Constitucional español.

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación titulado «El derecho fundamental a la no discriminación por razón de la edad: derecho interno y comunitario» financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-1517-C03-02) en el que la autora es investigadora principal.

ÍNDICE

1. JUSTIFICACIÓN DE UN ANÁLISIS CONCEPTUAL CONJUNTO, INTERNO Y COMUNITARIO
 - 1.1. Sentido general de los principios antidiscriminatorios en la Unión Europea 1.2. Los conceptos antidiscriminatorios de la ley 3/2007 como transposición de la normativa comunitaria
2. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA
 - 2.1. Elementos configuradores básicos de la discriminación indirecta
 - 2.2. Normativa y doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación indirecta por razón de sexo
 - 2.3. El tratamiento de la discriminación indirecta en España: doctrina jurisprudencial y relevancia de la ley 3/2007
3. EL CONCEPTO DUAL DE ACOSO
 - 3.1. El acoso por razón de sexo
 - 3.2. El acoso sexual
4. LA DESIGUALDAD PARA LA IGUALDAD: IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y ACCIÓN AFIRMATIVA
5. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

1. JUSTIFICACIÓN DE UN ANÁLISIS CONCEPTUAL CONJUNTO, INTERNO Y COMUNITARIO

La reciente publicación de la Ley 3/2007 y la formulación por primera vez en sede legislativa de conceptos antidiscriminatorios por razón de género tan básicos como el de discriminación indirecta o el de acción positiva, podrían llevarnos a la conclusión de que la doctrina en torno a los mismos es, en España, todavía incipiente e inmadura. Pero, en contra de lo que pudiera parecer, la doctrina antidiscriminatoria forma parte desde hace algunos años del ordenamiento jurídico español, si bien de un modo algo diferente al que es habitual, puesto que tiene naturaleza básicamente jurisprudencial y se ha elaborado fundamentalmente a la sombra del Derecho comunitario. Lamentablemente, el hecho de que, desde antiguo, dicha doctrina fuera teóricamente aplicable a nuestro ordenamiento, no quiere decir que efectivamente se aplicara, al menos con la intensidad y determinación que requerían los niveles de discriminación existentes en nuestro país, por lo que la formulación expresa de su alcance tiene una funcionalidad promocional y difusora evidente. En el ámbito de los conceptos antidiscriminatorios, la Ley 3/2007 ha operado en todo caso un curioso fenómeno de traslación comunitaria, no solo de las nociones básicas, a las que prácticamente reproduce (con alguna bienvenida matización), sino también de la doctrina jurisprudencial en que se sustentan.

Por ello resulta fundamental tomar como referencia la normativa comunitaria acerca del significado y alcance de los conceptos antidiscriminatorios que finalmente han quedado incorporados expresamente a la ley española. Solo de este modo es posible anticipar los efectos que puede tener como instrumento para la consecución de la igualdad efectiva. La trascendencia comunitaria se ramifica en España en otras vertientes de la normativa antidiscriminatoria, porque tiene evidentes conexiones (o desconexiones) con conceptos de entidad comunitaria similar incorporados también recientemente al ordenamiento español con relación a otras causas de discriminación por la Ley 62/2003. Los conceptos antidiscriminatorios en nuestro ordenamiento entran, a partir de la Ley 3/2007, en una curiosa dinámica de relaciones cruzadas, que tomando como referencia el Derecho comunitario, en algunas ocasiones reproducen su evolución y, en otras, lo matizan y complementan, todo ello enmarcado en el contexto disgregador que supone la existencia en nuestro

país de dos normas antidiscriminatorias paralelas, pero de contenido y sentido diferentes, en atención a la causa de la discriminación.

1.1. Sentido general de los principios antidiscriminatorios en la Unión Europea

Es sabido que el principio de no discriminación clásico en el ámbito del Derecho comunitario ha tenido su origen y justificación en presupuestos estrictamente económicos. Desde la perspectiva material, y consecuentemente con esta funcionalidad económica, el art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea en su redacción originaria —Tratado de Roma— hacía referencia tan solo a la discriminación laboral por razón de sexo y limitaba la protección comunitaria exclusivamente a la vertiente retributiva más elemental (igualdad retributiva por trabajo igual). Las primeras correcciones comunitarias a ámbito aplicativo tan restrictivo se produjeron por medio de las múltiples Directivas comunitarias que inicialmente refirieron la igualdad retributiva a trabajos de igual valor², como ya había formulado desde antiguo el convenio 100 de la OIT; y, asimismo, ampliaron la virtualidad del principio de no discriminación por razón de sexo a cualquier ámbito de la relación laboral³. De este modo el principio de igualdad de trato laboral entre hombres y mujeres adquiría una trascendencia que desbordaba la finalidad estrictamente económica del art. 119 del Tratado originario⁴. En un nivel también económico (aunque formando parte del principio comunitario de libertad de circulación) surgió y se desarrolló simultáneamente el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad intracomunitaria. Durante muchos años, pues, la progresiva consolidación del principio de no discriminación en el ámbito comunitario no superó la bidireccionalidad acotada por sexo y nacionalidad.

Pese a estos inicios y justificaciones, la doctrina del TJCE que aplicó el principio de no discriminación tan limitadamente diseñado en el ámbito comunitario normativo, configuró un marco conceptual muy avanzado, que dio lugar a importantes cambios en los ordenamientos internos y que inspiró la configuración actual de un principio de no discriminación comunitario considerablemente más abierto. Conceptos tan fundamentales como el de discriminación indirecta o acción afirmativa cuyos aspectos más esenciales se pueden encontrar en el actual art. 141 TCE (que sustituyó al antiguo art. 119 del Tratado origi-

² En el art. 1 de la Directiva 75/117 (actualmente recogido en el art. 4 de la Directiva 2006/54), se establecía: «El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el art. 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará principio de igualdad de retribución, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo».

³ La Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, establecía en su art. 2.1 (actualmente incluido en el art. 14.1 de la Directiva 2006/54): «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular, al estado matrimonial o familiar».

⁴ Así lo señalaba, con referencia a la Directiva 76/207 DURÁN LÓPEZ, F., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207», *Noticias de la Unión Europea*, 49, 1989, pág.98.

nario), en la Directiva 2000/43 de 29 de junio de 2000 (sobre el principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico), en la doctrina constitucional española en desarrollo del art. 14 de la Constitución española (por todas, STCo 145/1991, de 1 de julio o 253/2004, de 22 de diciembre) e incluso en la normativa antidiscriminatoria inmediatamente anterior a la Ley 3/2007 (art. 28 de la ley 62/2003, en su capítulo III dedicado a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato) proceden de esta construcción realizada por el TJCE.

Resulta particularmente interesante el modo en que se ha producido la integración en el derecho originario de la Unión del principio antidiscriminatorio. En materia de discriminación por razón de sexo, el Tratado de Amsterdam apenas sirvió para adaptar aspectos fundamentales que, desde antiguo, habían sido ya reconocidos por el TJCE⁵. Desde esta perspectiva, el derecho originario (y particularmente el Tratado de Amsterdam) se ha movido perezosa y lentamente tras estas innovaciones normativas y jurisprudenciales. En cambio las otras causas de discriminación han pasado repentinamente de la anomia más absoluta a un relativamente comprometido reconocimiento en el Derecho originario. Y curiosamente, las Directivas comunitarias que han surgido de este reconocimiento en el art. 13 TCE (2000/43 y 2000/78) se han anticipado a la reforma de la Directiva 76/207 (antidiscriminatoria por razón de sexo, 2002/73), pese a que la discriminación sexual fue el origen de la doctrina antidiscriminatoria comunitaria actual.

Con la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, el art 13 TCE⁶, que incorporó a los principios de la Unión Europea el de la no discriminación por razón del sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁷, permitió la acción comunitaria por medio de un procedimiento basado en la unanimidad del Consejo, en la previa propuesta de la Comisión y en la consulta al Parlamento. De este modo se incorporó al derecho originario de la Unión el principio de no discriminación con un ámbito general, abarcando las causas prohibidas generalmente recogidas en la mayoría de los

⁵ Los caracteres más importantes de la reforma operada con el Tratado de Amsterdam en el actual art. 141 TCE podrán sintetizarse del siguiente modo: (i) Definitivamente se ha ampliado el contenido del principio antidiscriminatorio por razón de sexo al hacer referencia no solamente a la discriminación retributiva sino a cualquier otra que, por razón de sexo, se ocasione en el ámbito laboral. Se incorpora así al derecho originario un presupuesto fundamental de la política antidiscriminatoria (la desvinculación del ámbito estrictamente económico) ya integrante del derecho comunitario desde las Directivas comunitarias de la década de los 70 (particularmente Dir. 76/207); (ii) con carácter instrumental, se reconoce la competencia comunitaria en este ámbito, que se articula por medio del procedimiento, actualmente preferente en el desarrollo normativo de la política social, de codecisión parlamentaria (art. 251 TCE); (iii) queda reconocida expresamente la vertiente menos controvertida de la discriminación indirecta, la retributiva relacionada con la valoración de puestos de trabajo y con la igualdad retributiva por trabajos de igual valor, que se había ya configurado normativamente desde antiguo en el derecho comunitario (Dir. 75/117); (iv) se legitima, define y limita la acción afirmativa.

⁶ Que literalmente establece: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del Tratado y dentro de los límites y competencia atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁷ Para un análisis de las connotaciones del reconocimiento general del principio de no discriminación aplicado a más circunstancias que las estrictamente relacionadas con el sexo, por todos, FLYNN, «The implications of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?», *Common market law review*, vol. 36, núm. 6, 1999, pág. 1127 ss.

Estados miembros (excepción hecha de la orientación sexual, que es más novedosa)⁸. El art. 13 TCE supuso por tanto la integración en el ámbito del derecho comunitario de una parte esencial de los derechos fundamentales. Sin que pueda entenderse que de este modo queda compensado el fracaso del derecho comunitario para elaborar un marco constitucional integrador de los derechos fundamentales comunes a los Estados miembros⁹, resulta evidente que el derecho fundamental a la no discriminación por causas tasadas (que es seguramente uno de los de mayor entidad) ha encontrado acomodo en aquel art. 13 TCE, cuya formulación asimismo refleja (al menos formalmente) la superación al más alto nivel de los tradicionales presupuestos estrictamente económicos¹⁰ de la Comunidad Europea.

Ello no obstante, la elevación de rango, al cuasi constitucional del TCE, del principio antidiscriminatorio en el ámbito comunitario pudiera no tener los efectos extensivos que aparenta. De hecho, con relación a la discriminación por razón de la edad el TJCE ha operado un curioso fenómeno de degradación, que contrasta con la expansión del principio antidiscriminatorio por razón de género cuando su formulación en el TCE era bastante más difuso e impreciso. Efectivamente, en la STJCE de 28-10-2004¹¹ se planteaba la posibilidad de que el establecimiento de una edad máxima para acceder al cuerpo de funcionarios de la Unión Europea pudiera suponer una discriminación por razón de la edad contraria al art. 13 TCE. Pero lo que aparentaba una clara discriminación por razón de la edad no fue considerado como tal por el TJCE porque la normativa aplicable no era, a su juicio, directamente el art. 13 TCE sino la Directiva 2000/78 que le daba desarrollo y que configuraba una serie importante de excepciones a su aplicación efectiva (por ejemplo, justificando un periodo de actividad mínima razonable con anterioridad a la jubilación). Con esta interpretación el TJCE hizo desaparecer del art. 13 TCE todo contenido sustantivo, hasta degradarlo totalmente a la altura en que fuera configurado, desarrollado e incluso excepcionado por la correspondiente Directiva. Contrasta esta interpretación con la que dio lugar a la emblemática sentencia dictada en el asunto Barber¹², en la que el TJCE derivó directamente del, entonces, art. 119 TCE (actual art. 141 TCE), una interpretación amplia del concepto de retribución relevante a efectos de aplicación de la normativa antidiscriminatoria por razón de género. En el año 1990 el TJCE estaba operando una ampliación del concepto

⁸ Por ejemplo en el ordenamiento norteamericano, en el que se originaron muchos de los actuales conceptos que forman parte de la teoría antidiscriminatoria, la orientación sexual no se encuentra normativizada como causa de discriminación prohibida en los correspondientes textos legales, lo que ha hecho necesario reconducir la cuestión (no siempre fácilmente) a la discriminación por razón de sexo. Una reflexión al respecto, con referencia a la evolución de la doctrina jurisprudencial en GEOFFREY TROTIER, «Dude looks like a lady: protection based on gender stereotyping discrimination as developed in *Nicholas v. Azteca Restaurant Enterprises*», *Law and inequality*, vol XX, núm. 2, 2002.

⁹ Por todos, destacando la importancia de una regulación unitaria y global de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union Européenne», *Cahiers de Droit européen*, 1996, pág. 612 ss.

¹⁰ Destacando la importancia de la regulación de los derechos fundamentales de ámbito comunitario para que la acción de una Comunidad liberal no reemplace en lo económico a los Estados sociales que la componen, BAQUERO CRUZ, «La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de derecho comunitario europeo*, 4, 1998, pág. 647.

¹¹ Asuntos T-219/02 y T-337/02, en primera instancia.

¹² STJCE 17-5-1990, C-262/88.

de discriminación retributiva directamente a partir del TCE, que forzosamente repercutía en el ámbito aplicativo de las correspondientes Directivas antidiscriminatorias (en el asunto Barber, se trataba de la Directiva 75/117). En cambio, a la altura de 2004, el TJCE se apoya precisamente en una Directiva antidiscriminatoria para degradar el alcance real de un principio configurado en el TCE con carácter general y aparentemente sin excepciones.

La cuestión que inevitablemente este fenómeno suscita es si este cambio en los criterios interpretativos del TJCE, en torno a la eficacia directa de los preceptos del TCE, en el momento en que se han formulado nuevas causas de discriminación prohibida va a tener repercusión en la doctrina clásica de la discriminación por razón de género o si, al contrario, va a suponer que se constituyan causas de discriminación con distinto nivel de protección. Probablemente esta segunda es la tendencia que se anticipa. De un lado, porque la doctrina de la discriminación por razón de género en derecho comunitario ha alcanzado un nivel de consolidación del que resulta difícil deducir una alteración drástica a la baja; de otro lado, existen suficientes elementos para concluir que en Derecho comunitario existen varios niveles de protección: en el más alto se encontrarían la discriminación por razón de género (que dispone de un nivel de cobertura que alcanza materias extralaborales y que llega a influir el contenido de cualquier política comunitaria a través del concepto de transversalidad) y por razón de etnia (que dispone también de un ámbito aplicativo tanto laboral como extralaboral y que dispone de menor número de posibles excepciones a su efectividad en la Directiva 2000/43). En un nivel de protección inferior se encontrarían las otras causas de discriminación enunciadas en el art. 13 TCE (al menos porque la Directiva 2000/78 admite para ellas un mayor número de excepciones y porque le aplica principios, como el de requisito profesional esencial y determinante, mucho más matizados).

1.2. Los conceptos antidiscriminatorios de la ley 3/2007 como transposición de la normativa comunitaria

Aparentemente la ley española 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres surge como una mera transposición de la Directiva comunitaria 2002/73, de 23 de septiembre de 2003, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales así como de la Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹³. En ambos preceptos comunitarios se describe un plano conceptual del principio antidiscriminatorio esencialmente idéntico al recogido en el Título I de la Ley 3/2007. Pero esta relación en principio pacífica de desarrollo se complica ligeramente porque la Ley es-

¹³ A estas normas comunitarias se hace expresa mención en el último párrafo del apartado I. de la Exposición de motivos de la ley 3/2007. Expresamente hace referencia también la Ley española a la finalidad de transposición de aquellas Directivas comunitarias en su DF cuarta, en la que se menciona, además de la Directiva 2002/73 y la Directiva 2004/113, la Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

pañola de igualdad trasciende la mera funcionalidad de transposición¹⁴. La mayoría de los instrumentos y estrategias para la igualdad efectiva que configura la ley española se sitúan en un nivel superior al reconocido en las Directivas comunitarias, lo que en ocasiones obliga a que el análisis se desvíe del tradicional cumplimiento de mínimos, característico del funcionamiento de la normativa comunitaria en el ámbito de la política social, a eventuales contradicciones por exceso. De hecho, por ejemplo, el reconocimiento normativo de las cuotas que realiza la ley española de igualdad efectiva obliga a que su legalidad comunitaria pase por el estrecho filtro de la jurisprudencia del TJCE. También otros conceptos descritos en la ley española difieren, siquiera ligeramente, del concepto comunitario, generando interesantes y ricas posibilidades (por ejemplo, con relación al acoso).

La complejidad de la relación entre el derecho comunitario antidiscriminatorio y la ley 3/2007 adquiere otro matiz, también peculiar, cuando se advierte que la ley española ha obviado cualquier mención a la Directiva antidiscriminatoria de referencia vigente en el momento en que se promulgó, que no era ya la Directiva 2002/73 (ni por supuesto la Directiva 76/207 a la que aquella modificaba). En marzo de 2007, cuando se promulgó la ley de igualdad efectiva española, se había aprobado ya la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, que se constituía en refundición de las normas comunitarias relativas a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Ciertamente, la propia Directiva 2006/54 establecía en su art. 34 que las Directivas antidiscriminatorias previas a las que refundía (y entre las que se encontraba la Directiva 76/207, conforme a la modificación operada por la Directiva 2002/73) se mantenían vigentes hasta el 15 de agosto de 2009, pero ello se hacía «sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en lo relativo a las fechas de incorporación a su derecho interno». Por tanto, ni este art. 34 de la Directiva 2006/54 ni su art. 33, en el que se configuraba como plazo máximo para su propia transposición la fecha del 15 de agosto de 2008, servían realmente para ampliar el plazo inicialmente establecido para ello en las Directivas sustantivas anteriores, y menos para convalidar eventuales incumplimientos. La única Directiva en cuya transposición sí que adquiría cierta virtualidad la ley española de igualdad (sencillamente porque no había cumplido el plazo para su desarrollo interno) era la Directiva 2004/113 de igualdad por género en el acceso a bienes y servicios cuyo plazo máximo de transposición se había fijado el 21 de diciembre de 2007. En este contexto, no hubiera sido extemporáneo que la ley 3/2007 hubiera realizado alguna mención, siquiera en la Exposición de Motivos, a la Directiva 2006/54, lo que al menos hubiera servido para ofrecer un panorama de relación entre las fuentes nacionales y comunitarias más coherente y también para evitar la sensación de que el legislativo en nuestro país desconocía las más recientes reformas normativas en el ámbito comunitario (como, de otro lado, parecía que había sucedido anteriormente cuando la ley 62/2003 olvidó transponer la Directiva 2002/73 junto a las Directivas 2000/43 y 2000/78).

Pero probablemente el legislador español de la ley de igualdad efectiva no deba ser interpretado en un contexto estrictamente cronológico sino contextual: entiendo que la virtualidad que tiene la ley 3/2007 como norma de transposición de la normativa comunitaria

¹⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *RL*, 8, 2007, pág. 1 de 9.

antidiscriminatoria en el empleo y la ocupación no puede entenderse deslindada de la evolución global del principio general configurado en el art. 13 TCE, y en las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78. En este contexto, la Directiva 2002/73 no constituye una norma comunitaria más en el complejo entramado de las directivas antidiscriminatorias por razón de género que han ido sucediéndose, a veces atropelladamente, desde la década de los 70. La Directiva 2002/73 constituye un momento especial en esta evolución porque implica un nuevo momento en la evolución de la política social comunitaria en que el principio de no discriminación multicausal adquiere un papel esencial. No es, por tanto, la última precisión puntual y el último ajuste (aunque buena parte de su contenido refleje la interpretación aportada por el TJCE al respecto) sino, más bien, la tercera de las Directivas antidiscriminatorias en desarrollo del art. 13 TCE. Por ello el significado que adquiere la ley española de igualdad como transposición de la Directiva 2002/73 es mucho más intenso del que hubiera tenido de haberse considerado tan solo como desarrollo de la Directiva 2006/54.

Sirve también para destacar que por medio de la ley 3/2007 tiene lugar finalmente la regulación nacional íntegra del principio antidiscriminatorio, que había quedado incompleto con la promulgación de la ley 62/2003 puesto que ésta sirvió solo para transponer las Directivas 2000/43 (etnia) y 2000/78 (multicausal). Pese a que en diciembre de 2003 la Directiva 2002/73 ya estaba aprobada, la Ley 62/2003 se limitó a introducir en el ordenamiento español los conceptos y preceptos, casi con alcance literal, contenidos en las dos Directivas de 2000, dejando el panorama normativo español descoordinado e incompleto. Se explica así que el legislador de la ley 3/2007 tuviera especial interés en que constara que finalmente el desarrollo de la normativa española en el sentido iniciado por el art. 13 TCE y continuado por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2002/73 había quedado finalizada en nuestro país, al menos formalmente ¹⁵.

La última cuestión que se suscita es si, desde la perspectiva de los conceptos, era necesario para entender correctamente transpuesta al ordenamiento español la Directiva 2002/73, que se produjera una formulación legislativa expresa de los mismos, puesto que desde antiguo, al menos algunos de ellos habían quedado implícitamente incluidos en la conceptualización general del principio de no discriminación del art. 14 de la Constitución española. Por ejemplo, durante los años que transcurrieron entre la Directiva 76/207 (sobre igualdad de oportunidades en el empleo) y la Directiva 97/80 (sobre inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de género) la normativa comunitaria careció de formulación del concepto de discriminación indirecta, aunque la misma resultaba expresamente prohibida en la Directiva 76/207. Fue la jurisprudencia del TJCE la que fue modelando el concepto a lo largo de los años, hasta que finalmente los elementos esenciales de esta consolidada doctrina constituyeron el primer concepto de discriminación indirecta por razón de género, que se incorporó al texto de la Directiva 97/80. Apenas unos años antes, el Tribunal Constitucional español había admitido la aplicación al or-

¹⁵ En el momento en que redacto estas líneas se ha hecho pública la denuncia de la Comisión Europea al Estado español por falta de transposición efectiva de lo establecido en la Directiva 2000/43. Se alega la falta de desarrollo en España de los principios antidiscriminatorios ligados a los aspectos extralaborales de la Directiva 2000/43.

denamiento español del concepto de discriminación indirecta (STCo. 145/1991) por lo que, tanto en el ámbito comunitario como en el interno español, su alcance se había limitado exclusivamente al ámbito jurisprudencial. Pero cuando el concepto de discriminación indirecta se incorporó expresamente a la normativa comunitaria a partir de la Directiva 97/80 parte de la doctrina entendió que la transposición solo podía considerarse realizada efectivamente si un concepto de la misma naturaleza se incorporaba también expresamente al ordenamiento español¹⁶. Entretanto, debía presumirse que el ordenamiento español contrariaba lo establecido en la misma. Algo similar ocurría con el reconocimiento de que la discriminación por razón de embarazo y maternidad constituía discriminación por razón de género (pese a que no existía parámetro masculino de comparación): Esta formulación se había incorporado a la Directiva 76/207 por acción de la Directiva 2002/73¹⁷, que a su vez se deducía de la Directiva 92/85, aunque desde antiguo había sido reconocida por el TJCE¹⁸. También en este ámbito se había producido una derivación implícita jurisprudencial del concepto de discriminación por razón de género anterior a su normativización expresa por la Directiva 2002/73, lo que de nuevo suscitaba la cuestión de si resultaba necesaria una formulación expresa similar en el ordenamiento español.

El concepto de acción positiva suscitaba cuestiones diferentes. La reforma operada por el Tratado de Ámsterdam en el antiguo art. 119 TCE normalizaba su alcance e, implícitamente, la configuraba como manifestación del principio de no discriminación, superando el carácter excepcional y restrictivo con que quedaba establecida en la Directiva 76/207¹⁹. En todo caso, la justificación de la acción positiva en España tenía una formulación específica, generosa y extensiva, en el art. 9.2 de la propia Constitución, que había dado lugar desde antiguo a algunas sentencias del Tribunal Constitucional que reconocían abiertamente su legitimidad como instrumento para la consecución de la igualdad real y no propiamente como excepción al principio de igualdad de trato²⁰ (pese a que sus manifestaciones eran bastante limitadas en la práctica). Podía entenderse, por tanto, que la versión extensiva del concepto de acción afirmativa que se configuró en el art. 141 TCE a partir del Tratado de Ámsterdam ya contaba con formulación paralela en España a partir del propio texto constitucional, en su art. 9.2.

El principal defecto en la transposición en España de los conceptos comunitarios ligados a la discriminación por razón de género se producía con relación al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, puesto que ni uno ni otro tenían formulación normativa expresa

¹⁶ PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA (Coord. PÉREZ DEL RÍO), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 25.

¹⁷ Se encuentra actualmente en el art. 2.3.a de la Directiva 2006/54 en el que literalmente se establece que el concepto de discriminación incluye «el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE».

¹⁸ Por todos asunto Dekker, STJCE 8-11-1990, C-177/88.

¹⁹ Esta nueva interpretación del concepto de acción positiva se configuró por primera vez en el art. 6 del protocolo XIV (Protocolo Social) al Tratado de Maastricht de 1992, aunque como se sabe este Protocolo no fue propiamente normativa comunitaria y no se incorporó al Tratado Constitutivo de la Comunidad por no contar con la unanimidad necesaria. En todo caso, España lo suscribió y, al menos como norma internacional, obligaba al Estado español desde entonces.

²⁰ Por todas, STCo 128/87, de 11-8-1987.

en el ordenamiento español con anterioridad a la Ley 3/2007, como tampoco lo tenían en la normativa comunitaria hasta que expresamente se incluyeron por medio de la Directiva 2002/73. El acoso sexual se había descrito por vía jurisprudencial en España y había quedado configurado como conducta ilícita (tanto en el art. 4.2 del ET, como en la LISOS o incluso en el código penal), por lo que había tenido una formulación jurisprudencial no legislativa similar a la de la discriminación indirecta o a la de la discriminación por razón de embarazo y maternidad, que merecía idénticas reflexiones a las que más arriba se hicieron. Pero en el caso del acoso por razón de sexo, nunca existió un reconocimiento jurisprudencial previo en España.

2. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

2.1. Elementos configuradores básicos de la discriminación indirecta

El concepto de discriminación indirecta se originó en el derecho norteamericano, con relación al establecimiento de requisitos educativos mínimos que, sin ser necesarios para el desarrollo de una actividad, excluían mayoritariamente a los candidatos de raza negra, que dadas las circunstancias sociales de la época tenían mayor dificultad para acceder a niveles educativos superiores²¹. La jurisprudencia norteamericana configuró la doctrina de la discriminación indirecta en torno a las siguientes características: (i) el primer elemento conceptual es la desproporción estadística: una determinada política o actuación (en este caso empresarial, aunque podría ser también convencional o institucional) provoca de hecho un impacto más negativo en un colectivo que en otro; (ii) la discriminación indirecta solo existe cuando dicho impacto negativo se produce contra alguno de los colectivos protegidos en los textos normativos correspondientes (causas concretas de la Carta americana) y no en general cuando causa perjuicio a un colectivo no protegido; (iii) la empresa se libera de responsabilidad tan solo si consigue probar que su política o actuación, generadora del impacto adverso, resulta justificada por la naturaleza de la actividad empresarial (*business necessity*). Esta doctrina jurisprudencial se fue matizando en sentencias posteriores, dando lugar a una progresiva extensión de la protección antidiscriminatoria: de un lado, se operó una ampliación de las causas prohibidas de discriminación, que permitió incluir el acoso (tanto sexual como causal) y justificó la incorporación de nuevas causas que, siquiera indirectamente, podían incorporarse a las que expresamente establecía la *Civil Rights*

²¹ En *Griggs v. Duke Power Co.* (401 US 424, 431 (1971)) la Corte Suprema norteamericana se enfrentó por primera vez a un supuesto constitutivo de discriminación indirecta por razón de raza. Tras la aprobación en Estados Unidos de la *Civil Rights Act* en 1964 algunas empresas alteraron los criterios de acceso a las categorías que querían seguir reservando a los trabajadores de raza blanca estableciendo requisitos que raramente concurrían en los candidatos de raza negra (particularmente, dada la política educativa de la época, la acreditación de haber superado el *High School*). La Corte Suprema americana consideró que si la empresa no alcanzaba a probar la justificación empresarial de los requisitos formativos en relación con la actividad a desarrollar la conducta era constitutiva de discriminación prohibida por el impacto desproporcionado que ocasionaba a los integrantes de colectivos protegidos (*disparate impact*). La diferencia estadística en contra de los trabajadores negros no encontraba justificación objetiva y razonable y por ello hizo prosperar su reclamación.

*Act*²². De otro lado, la doctrina de la discriminación indirecta desencadenó la también la inversión (o modificación) de la carga de la prueba, de modo que una vez presentada la prueba estadística derivada de una conducta empresarial concreta (*prima facie case*) la carga de la prueba recae en el empresario, quien deberá justificar la medida como necesaria para el funcionamiento empresarial (*business necessity*)²³. Desde entonces hasta la fecha, la doctrina de la discriminación indirecta ha dado lugar en Estados Unidos a multitud de pronunciamientos que han matizado su alcance, por ejemplo con relación a las cualidades no imprescindibles en el momento del acceso pero necesarias en caso de promoción²⁴ o con relación al alcance de la prueba estadística²⁵. En todo caso resulta fundamental destacar que la configuración de la discriminación indirecta supuso, en estados Unidos, el punto de arranque de una doctrina muy consolidada que se ha ramificado en multitud de áreas. El acoso y los instrumentos procesales facilitadores de su defensa son los más conocidos, pero también las cuotas a la contratación y el establecimiento de medidas preventivas para el acoso tienen su origen en la doctrina norteamericana de la discriminación indirecta, puesto que las sentencias condenatorias a las empresas en las que se detectaba estadísticamente alguna de estas manifestaciones discriminatorias desencadenaron la autoaplicación de cuotas y planes de acción preventivos, siquiera con la finalidad de liberarse de responsabilidad en caso de proceso judicial.

2.2. Normativa y doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación indirecta por razón de sexo

Dos han sido las vertientes principales en la consolidación del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo por parte del TJCE: de un lado, la identificación de los trabajos de igual valor ha sido el elemento fundamental en la conceptualización de la discriminación indirecta retributiva; de otro lado, el trato diferenciado y peyorativo a los trabajadores a tiempo parcial ha permitido consolidar jurisprudencialmente el concepto de discriminación indirecta en relación con vertientes no siempre retributivas de la relación laboral.

De ellos cabe deducir un concepto unitario de discriminación indirecta: (i) se trata de una discriminación de dimensión colectiva relacionada con colectivos protegidos²⁶ y de

²² Esta apreciación es particularmente interesante porque, a menos que otras causas de discriminación encuentren acomodo en alguna de las contempladas en los textos constitucionales o Cartas correspondientes, no pueden dar lugar a discriminación en ninguna de sus vertientes (directa o indirecta) o derivaciones (acoso). Al respecto resulta particularmente interesante la vinculación del acoso por orientación sexual al acoso por razón de sexo (título VII de la Carta de derechos civiles norteamericana) que dio lugar a sentencias de la Corte Suprema como en *Oncale v. Sundowner* 2 523 US 75 (1998).

²³ El Tribunal rechaza así la comparación horizontal, HENRY PERRIT, *Civil rights in the workplace*, Ed. Panel Publisher, Nueva York, 2001, pág. 274.

²⁴ Memorando del representante Hyde, 164 Congressional record H9543-H9547.

²⁵ *Dothard v. Rawlinson*, 433 US 321, 330 (1977).

²⁶ Constituye manifestación del principio de no discriminación, y no del principio de igualdad, por lo que el impacto producido sobre colectivos no protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (constituido básicamente

identificación estadística²⁷, lo que impide calificar de discriminatorias indirectamente a aquellas medidas normativas que tengan un efecto adverso sobre determinado colectivo no protegido por el ordenamiento en cuestión (ii) se trata de una discriminación por el resultado y no por la intención²⁸; (iii) a diferencia de la discriminación directa, la indirecta admite justificación objetiva y razonable. Ello a su vez supone que en los supuestos de discriminación indirecta la consecuencia nunca puede ser otra que la de la erradicación del trato desigualatorio, en tanto en cuanto en el supuesto de discriminación indirecta, pese al resultado de la prueba estadística sobre determinado colectivo protegido, resultará posible el mantenimiento de la norma, cláusula etc. causa del impacto adverso²⁹ si la misma tiene una justificación objetiva y razonable, tanto en sus objetivos como en la proporcionalidad de sus medios³⁰.

Con relación a la clasificación profesional y a la valoración de puestos de trabajo el TJCE ha utilizado tradicionalmente criterios bastante restrictivos, aunque la tendencia podría estar alterándose en la actualidad. Como principio general, una diferencia salarial fáctica entre categorías masculinizadas y feminizadas debe partir para su validez de dos presupuestos: de su carácter necesario para la ejecución del trabajo; y de la utilización de otros criterios también relevantes y neutros en la valoración de las aptitudes requeridas para todas las clasificaciones implicadas en la comparativa³¹. Por ello se ha considerado un argumento justificador de medidas que ocasionen discriminaciones indirectas, el criterio de los familiares a cargo para la determinación de la cuantía de las prestaciones asistenciales, pese a que, de hecho, implica prestaciones menores para las mujeres. Y también lo ha sido el criterio de la política de empleo y la política social utilizado por cada uno de los Estados miembros³². No obstante, el criterio de los dependientes a cargo no ha servido para justificar prestaciones de cuantía indirectamente discriminatoria cuando éstas tuvieran naturaleza contributiva y no asistencial³³. El criterio de la antigüedad se consideró tradicionalmente

camente por mujeres y extranjeros comunitarios no nacionales del país de referencia) resultan irrelevantes. Para un análisis de ésta y otras las notas diferenciales entre el principio de igualdad y de no discriminación, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pág. 156 ss.

²⁷ Para un análisis de los mecanismos para la identificación del impacto desproporcionado en los integrantes de determinados colectivos (el objeto de la prueba estadística) QUINTANILLA NAVARRO, *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Valencia, 1999, pág. 115 ss.

²⁸ Analizando el elemento diferencial de la intencionalidad BARRÉRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, 1997, pág. 58 ss.

²⁹ El concepto de impacto adverso, antecedente inmediato del concepto de discriminación indirecta, proviene del Derecho norteamericano (*disparate impact*) y se originó en el asunto *Griggs v. Duke Power*, 1971, 401, US, 424. Ya realicé un comentario al respecto en, BALLESTER PASTOR, «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *RL*, 3-4, 1993, pág. 37 ss.

³⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, 1, 1991, pág. 3.

³¹ Asunto Rummmler - Dato, STJCE 1-7-1986, C-237/1985. Un comentario de la misma por Ortiz Lallana, «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas (Notas sobre la sentencia del TJCE de 1 de julio de 1986)», *AL*, 17, 1987.

³² Asunto Rinner Khun, STJCE 13-7-1989, C-171/88.

³³ Asunto Comisión c. Bélgica, sentencia de 7 de mayo de 1991, C-229/89. Un comentario por Landa Zapirain, «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el derecho español de la seguridad social», *REDT*, 55, 1992, pág. 668.

como justificado³⁴, pese a sus indudables efectos peyorativos en la población trabajadora femenina, estadísticamente más precaria. Pero en los últimos años esta interpretación podría haberse alterado, puesto que en el asunto Cadman³⁵ el TJCE ha admitido la posibilidad de que el criterio de la antigüedad para la clasificación profesional pueda configurar una discriminación indirecta por razón de género: no ha eliminado radicalmente la posibilidad de que el criterio de la antigüedad pudiera implicar discriminación indirecta por razón de género, como habían hecho las sentencias precedentes (Asunto Danfoss), sino que más matizadamente, ha admitido la posibilidad de que el criterio de la antigüedad en la empresa pueda suponer discriminación indirecta por razón de género, al suponer un impacto estadístico en el colectivo femenino, si no tiene justificación objetiva y razonable. En el fallo de la sentencia puede leerse: «En el supuesto de que la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras que han de incluirse en la comparación, el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que: — Dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto; — Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo». Adviértase, en todo caso, que la doctrina del TJCE sobre la discriminación indirecta en el ámbito retributivo está evolucionando en sentido corrector de la doctrina clásica, extendiendo el alcance de la discriminación indirecta a zonas en las que tradicionalmente se había entendido justificado el impacto adverso.

En cambio, la doctrina jurisprudencial comunitaria en torno a la discriminación indirecta en el ámbito del trabajo a tiempo parcial podría estar teniendo una evolución en diferente sentido. En este ámbito la tendencia históricamente expansiva en torno al concepto de discriminación indirecta podría estar dando lugar en la actualidad a cierta estabilidad e incluso retroceso del concepto. En el trabajo a tiempo parcial la relación con la concurrencia de discriminación indirecta por razón de sexo ha resultado tradicionalmente más que evidente: las normas, cláusulas o actuaciones que configuran un tratamiento laboral peyorativo para los trabajadores a tiempo parcial, constituyen discriminación indirecta por razón de sexo dada la composición mayoritariamente femenina de esta modalidad contractual (a menos que concurra justificación objetiva y razonable para la medida originaria del impacto adverso). Esta vinculación explica el volumen de sentencias emitidas por el TJCE

³⁴ Asunto Danfoss, STJCE 17-10-1989, C-109/88.

³⁵ STJCE 3-10-2006, C-17/05.

al respecto³⁶, de cuya evolución es posible deducir una cierta contención en los primeros años de la década de los 90.

Hasta el año 1990 el Tribunal comunitario consolidó su doctrina en torno a la discriminación indirecta por razón de sexo en relación con el trabajo a tiempo parcial a partir de la cual no solo la diferencia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial era constitutiva de aquel tipo de discriminación³⁷, sino también la diferencia establecida para ambos tipos contractuales en relación al acceso a aumentos salariales³⁸, a pensiones de jubilación³⁹, a ciertos beneficios por incapacidad⁴⁰ o a indemnizaciones por despido colectivamente negociadas⁴¹. Esta tendencia expansiva pareció detenerse con los asuntos Megner Scheffel⁴² y Nolte⁴³. Estas sentencias podrían enmarcarse en una tendencia de mayor alcance que, a la sombra del concepto de política social, estaría probablemente socavando el ámbito aplicativo de la discriminación indirecta. Desde antiguo el argumento de la política social como competencia exclusiva de cada Estado había servido para que el TJCE justificara determinadas medidas públicas que ocasionaban un constatado impacto adverso en el colectivo femenino⁴⁴, si bien la justificación se limitaba a las medidas públicas de carácter asistencial: cuando, al contrario, las medidas establecidas se limitaban o condicionaban ante circunstancias que recaían mayormente en integrantes del colectivo femenino y que se referían a prestaciones o beneficios de carácter contributivo (que dependían de cotizaciones previas) existían más posibilidades de que sí se constatará la existencia de discriminación indirecta⁴⁵. Por ejemplo, cuando ante el TJCE se planteó la posibilidad que ofrecía a los empresarios una legislación interna (la alemana) de excluir a los trabajadores a tiempo parcial de una medida de protección social consistente en el mantenimiento del salario total durante todo el tiempo que durara la situación de enfermedad, el Tribunal comunitario declaró la medida en cuestión constitutiva de discriminación indirecta

³⁶ Un análisis de las más relevantes en CABELLA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, 1999, pág. 5 ss.

³⁷ Por todos, asunto Jenkins, STJCE 31-3-1981, C-96/80, en el que se establecía: *Una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no constituye discriminación prohibida por el art. 119 del Tratado de Roma, salvo cuando consiste en realidad en un medio indirecto para reducir el nivel de retribución de los trabajadores a tiempo parcial, debido a la circunstancia de que ese grupo de trabajadores se compone de manera exclusiva o de forma preponderante de personas de sexo femenino.*

³⁸ Asunto Nimz, sentencia de 7-2-1991, C-184/89.

³⁹ Asunto Bilka, sentencia de 13-5-1986, C-170/84.

⁴⁰ Asunto Rinner Khun, sentencia de 13-7-1989, C-171/88.

⁴¹ Asunto Kowalska, sentencia de 27-7-1990, C-33/89.

⁴² Asunto Megner Scheffel, sentencia de 14-12-1995, C-444/93.

⁴³ Asunto Nolte, sentencia de 14-12-1995, C-317/93.

⁴⁴ Así, por ejemplo, en el asunto Teuling, sentencia de 11-6-1987, C-30/85 el TJCE consideró acorde al derecho comunitario la normativa que atribuía ciertos beneficios a los trabajadores con familiares a cargo, lo cual tenía un indudable efecto en el colectivo femenino que, pese a cotizar, raramente contaba con ellos (con la definición que de familiares a cargo hacía la normativa interna).

⁴⁵ Así, por ejemplo, se constató en el asunto Comisión c. Bélgica, STJCE 7=5=1991, C-229/89. Para un comentario del sentido y alcance de esta sentencia, LANDA ZAPIRAIN, «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el Derecho español de la Seguridad Social», *REDT*, 55, 1992, pág. 688.

ta⁴⁶. Definitivamente, pues, el criterio de la proporcionalidad y necesidad de la medida en cuestión, puesta en conexión con otros instrumentos similarmente efectivos y menos perjudiciales⁴⁷, puede sintetizarse del siguiente modo: cuando el impacto adverso tiene una manifestación retributiva⁴⁸ o prestacional estrictamente contributiva, el TJCE ha mostrado cierta tendencia a admitir la existencia de discriminación indirecta. Sin embargo, cuando la prestación en cuestión se difumina en el concepto de política social, desapareciendo o desvaneciéndose sus elementos contributivos, el TJCE suele entender justificado el impacto adverso y por tanto no constitutivo de discriminación indirecta.

Recientemente, se ha abierto otra vertiente nueva de la esfera pública como justificante del impacto adverso. La última manifestación de este repliegue del concepto de discriminación indirecta se ha producido a partir de la sentencia de 22-6-2004⁴⁹, que no consideró constitutivo de discriminación indirecta el que a efectos de indemnización por extinción de contrato se computara el periodo de excedencia por servicio militar pero no la excedencia por cuidado de hijos. Pese al claro impacto masculino y femenino de cada una de las excedencias el carácter obligatorio y de servicio público del servicio militar sirvió para justificar la legalidad comunitaria de la diferencia de trato. El caso recuerda, desde otra perspectiva, las argumentaciones del TJCE para entender acomodada al derecho comunitario la prohibición para el acceso a ciertos institutos de las Fuerzas Armadas⁵⁰, relacionado con la competencia exclusiva de los Estados miembros en el modo de establecer los mecanismos de defensa nacional (aunque ciertamente el argumento no era en la sentencia de 2004 propiamente tal defensa nacional sino el carácter obligatorio del servicio militar). En todo caso, política social, política defensiva y, en definitiva, ejercicio de poderes públicos de competencia exclusivamente interna, terminan por justificar el impacto adverso y por reducir el ámbito aplicativo de la discriminación indirecta por razón de sexo en el ámbito jurisprudencial comunitario. Sin duda esta perspectiva debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar el alcance de la discriminación indirecta por causa étnica o racial.

Resulta particularmente interesante que la primera formulación normativa comunitaria del concepto de discriminación indirecta apareciera en una Directiva de carácter procesal, la Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁵¹. En parte, este hecho se explica por la doctrina norteamericana del impac-

⁴⁶ Asunto Rinner Khun, sentencia de 13-7-1989, C-171/88.

⁴⁷ Una reflexión al respecto por PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA, *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 31. Asimismo, RODRÍGUEZ PIÑERO, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, 1, 1991, pág. 3.

⁴⁸ Aplicando un concepto amplio de retribución que comprende también los beneficios ligados a aportaciones a regímenes profesionales de seguridad social (o seguridad social complementaria en terminología española). Así se reconoció desde antiguo en el asunto Barber, sentencia de 17-5-1990, C-262/1988. En similar sentido, asunto Ten Oever, sentencia de 6-10-1993, C-109/1991, asunto Moroni, sentencia de 14-12-1993, C-110/1991, asunto Menauer, sentencia de 9-10-2001, C-379/1999, asunto Niemi, sentencia de 12-9-2002, C-351/2000.

⁴⁹ C-220/2002.

⁵⁰ Asunto Johnston, sentencia de 15-5-1986, C-222/84, asunto Sirdar, sentencia de 26-9-1999, C-273/1997, y asunto Dory, sentencia de 11-3-2003, C-186/2001, entre otros.

⁵¹ El art. 2 de la Directiva 97/80 establece lo siguiente: «A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparente-

to adverso, puesto que la modificación de la carga de la prueba surgió como consecuencia del reconocimiento previo de la discriminación indirecta. Resultaba, por ello, un tanto incomprensible que el derecho comunitario hubiera reconocido dicho instrumento de defensa procesal para los supuestos de discriminación sin haber normativizado previamente su concepto. Con todo, ya desde antiguo, el TJCE realizó una importante labor consolidando los caracteres de la discriminación indirecta⁵², que fueron matizándose inicialmente en torno a la discriminación por razón de la nacionalidad⁵³ para pasar posteriormente a la discriminación por razón de sexo. Pese a la reciente definición normativa del concepto, el mismo se encontraba en el derecho comunitario derivado desde la década de los 70⁵⁴. Actualmente el concepto de discriminación directa e indirecta aparece en cada una de las tres directivas antidiscriminatorias con un alcance muy similar. En la Directiva 2006/54 el concepto es el siguiente: «Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios»

2.3. El tratamiento de la discriminación indirecta en España: doctrina jurisprudencial y relevancia de la ley 3/2007

En España, la identificación de discriminaciones indirectas ha ido ligada en sus inicios a los criterios de determinación de la clasificación profesional. Tradicionalmente, el establecimiento de criterios para el acceso a ciertas categorías que implicaban, de hecho, la exclusión de la mujer raramente fue considerado motivo de discriminación por los Tribunales españoles⁵⁵. Es más, resultaba necesario probar la identidad de tareas realizadas para entender que concurría discriminación remuneratoria (concepto de igual retribución por trabajo igual que regía antes de la modificación del art. 28 ET por medio de la ley 11/1994). La sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1=7=1991⁵⁶, introdujo por

mente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

⁵² Desarrollé la evolución jurisprudencial del concepto en mi trabajo BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo*, Valencia, 1994, pág. 42 ss.

⁵³ Uno de los primeros casos en los que se planteó el concepto de discriminación indirecta en relación a la nacionalidad fue el Asunto Sotgiu c. Deutsche Bundespost, sentencia de 12-2-1974, C-152/73.

⁵⁴ En el art. 2 de la Directiva 76/207 se establecía: «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

⁵⁵ Me detuve en su análisis en BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa...*, *op. cit.* pág. 58 ss.

⁵⁶ También reconociendo (aunque en ocasiones con diferente alcance) el principio de discriminación indirecta en razón de una clasificación salarial encubridora de discriminaciones salariales, entre otras, SSTCo. 58/1994, de 27-10; y 147/1995, de 16-10.

primera el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, con relación a un sistema de clasificación profesional contenido en convenio colectivo. Con esta sentencia la intención discriminatoria deja de ser la única causa de discriminación, puesto que el resultado discriminatorio, libre de intención resulta igualmente ilícito al aplicar los parámetros comparativos estadísticos propios de la discriminación indirecta. La hipervaloración de condiciones que recaen mayoritariamente en hombres y que se refleja en la mayor retribución asignada a categorías o funciones masculinizadas (en la STCo. 145/1991 dicho criterio era el esfuerzo físico) constituye discriminación indirecta por razón de sexo si no se aplican criterios objetivos de valoración para la retribución correspondiente a las categorías feminizadas con relación a condiciones o criterios que mayoritariamente concurren en la población femenina.

Hasta hace poco tiempo ni la jurisprudencia española ordinaria ni la constitucional se habían enfrentado a la cuestión de la discriminación indirecta por razón de sexo generada por un eventual trato peyorativo dispensado a los/las trabajadores/as a tiempo parcial. Al mismo tiempo, la normativa específica sobre trabajadores a tiempo parcial ha atendido preferencialmente al objetivo de promocionar su utilización, aun a costa de establecer un régimen jurídico que, en muchas ocasiones, resultaba claramente peyorativo respecto a los trabajadores a tiempo completo. De hecho, las reformas en materia de prestación social para el trabajo a tiempo parcial no han tenido, pese a las expectativas que había abierto la directiva sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81), una repercusión relevante en el fomento de la compatibilidad horaria y, específicamente, como medida de igualdad de oportunidades. Las garantías establecidas para el pacto, determinación, notificación, consolidación, etc de las horas complementarias pretendían funcionar como garantía genérica para la detención del emergente trabajo a llamada, lo cual sin duda repercute también en beneficio de la mujer trabajadora. Pero vuelven a obviarse los problemas específicos de la necesidad de ajuste horario en evitación de abandonos del mercado de trabajo por parte de la población femenina, cuyo nivel de desempleo y segregación laboral no necesitan ser reiterados ahora. Específicamente deben denunciarse los problemas que sigue generando la pretendida y no conseguida voluntariedad en la transformación del contrato a tiempo completo en parcial y viceversa, así como la falta de promoción (o simple consideración) a las situaciones de reducción de jornada con preferencia (o simple garantía) para el retorno al puesto inicial, o la escasa sensibilidad mostrada en materia de formación continua o especialidades de los trabajadores con responsabilidades familiares. Asimismo, importante repercusiones en el trabajo femenino implica la actual posibilidad de que, por convenio colectivo, se establezca un periodo de preaviso para la realización de horas complementarias inferior a los siete días que inicialmente se configuraron⁵⁷.

Podría decirse, no obstante, que con relación a los trabajadores a tiempo parcial, se observa cierta tendencia de la jurisprudencia constitucional más reciente en sentido favorable a su matizada consideración como factor de discriminación indirecta por razón de género. Un momento en esta evolución jurisprudencial particularmente relevante fue la STCo. 253/2004 de 22-12,⁵⁸: En ella se consideró contrario al principio de igualdad ante

⁵⁷ Art. 12.5. d ET, según redacción dada por la ley 12/2001.

⁵⁸ En similar sentido STCo. 49/2005, de 14-3-2005.

la ley y, secundariamente, constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo el hecho de que la norma española de seguridad social requiriera cinco horas de trabajo para considerar un día completo de cotización a efectos de carencia mínima para el acceso a las prestaciones. El Tribunal Constitucional analiza la finalidad de la exigencia de carencia (que es la vinculación mínima por cierto tiempo al mercado de trabajo) y considera que la graduación de la cuantía de la prestación correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial ya se realiza a partir de la menor base reguladora que les resulta aplicable. Concluye así que el criterio de las cinco horas de equivalencia para aplicar un día completo de carencia supone una penalización normativa del trabajo a tiempo parcial carente de justificación y constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Sin embargo, esta tendencia ha tenido ya sus retrocesos, a pesar de que se trataba de situaciones directamente vinculadas al cuidado de los hijos y, por lo tanto, más relacionadas con la condición femenina del trabajador. Así ha sucedido con las reducciones de jornada por cuidado de hijos y con sus efectos en la base reguladora de las correspondientes prestaciones: El Tribunal Supremo consideró que no constituía discriminación indirecta por razón de sexo el que para la determinación de la prestación de desempleo contributivo se tuviera en cuenta como base reguladora la retribución reducida en atención a la reducción de jornada por cuidado de hijos que resultaba de aplicación a la trabajadora⁵⁹. Más adelante, el propio Tribunal Constitucional llegó a la misma conclusión al inadmitir el recurso en el que se solicitaba que se declarase constitutivo de discriminación indirecta el que para la determinación de la base reguladora en el acceso a pensiones se computase como base relevante la base reducida correspondiente al tiempo en que la trabajadora se encontraba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos⁶⁰. En ambos casos tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo argumentaron que la corrección de los efectos perniciosos que una regulación de esta naturaleza tenía sobre los/las trabajadores/as con responsabilidades familiares no correspondía al poder judicial sino al poder legislativo, lo que finalmente se produjo parcialmente en la Ley 3/2007 (infra). Y ello aunque en momentos históricos anteriores el Tribunal Supremo hubiera actuado decididamente, corrigiendo formulaciones legislativas que provocaban situaciones injustas, por medio de la instauración de figuras totalmente novedosas (la institución del paréntesis para la determinación de la base reguladora es una institución que sin demasiada dificultad podía haberse aplicado en el caso de trabajadores en situación de reducción de jornada). En todo caso, resulta indudable que en España el debate acerca de la discriminación indirecta y el trabajo a tiempo parcial ha quedado finalmente abierto.

El concepto de discriminación indirecta que configura el art. 6.2 de la ley 3/2007 es, con muy ligeras diferencias, casi exactamente igual que el concepto establecido en el art. 2.1.b de la Directiva 2006/54. Establece el texto de la norma española: «Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificar-

⁵⁹ SSTS 6-4-2004, 2-11-2004, 4-11-2004, 23-11-2004, 21-2-2005, 14-3-2005, 31-1-2006.

⁶⁰ Auto del Tco, pleno 200/2007, de 27-3-2007.



se objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

Es razonable pensar que, dadas las circunstancias, la formulación expresa del concepto de discriminación indirecta no alterará sustancialmente el alcance que hasta ahora tenía en nuestro ordenamiento. Al menos teóricamente, la discriminación indirecta en la valoración de puestos de trabajo e incluso en la regulación del trabajo a tiempo parcial ha sido ya reconocida, siquiera con matices, por el Tribunal Constitucional. Y el concepto que siempre ha aplicado es esencialmente el mismo que actualmente se encuentra formulado en el art. 6.2 de la Ley 3/2007. Pero la formulación expresa del concepto en la regulación española actual tiene un par de virtualidades añadidas: de un lado va a servir para que su alcance se consolide en la jurisprudencia ordinaria, donde su alcance práctico se encontraba considerablemente más limitado que en la jurisprudencia constitucional; de otro lado, en el texto de la Ley 3/2007 se pueden encontrar elementos instrumentales secundarios que pueden servir para consolidar el concepto de discriminación indirecta y para asegurar que su aplicación se realiza correctamente en sede judicial. Así, por ejemplo, la Ley 3/2007 responde a la doctrina jurisprudencial que no había considerado constitutivo de discriminación indirecta el cálculo de la base reguladora conforme a bases reducidas por reducción de jornada por guarda legal y corrige expresamente el mecanismo de cálculo para permitir que se tenga en cuenta en tal periodo el 100% de la retribución anterior a la reducción (art. 211.5 LGSS por DA 18 Ley 3/2007). Es una corrección parcial, porque no se refiere a todas las prestaciones sino tan solo a la prestación de desempleo, pero indudablemente introduce un criterio interpretativo más generoso con el concepto de discriminación indirecta que debiera ser tenido en cuenta en futuras resoluciones judiciales correspondientes a situaciones de similar significación. Asimismo, la ley 3/2007 advierte reiteradamente de la posibilidad de que el órgano judicial solicite informe o dictamen de los organismos públicos competentes⁶¹, lo que resulta fundamental para acceder a los conocimientos y datos técnicos precisos (estadísticos o de valoración de puestos de trabajo) para detectar posibles discriminaciones indirectas.

3. EL CONCEPTO DUAL DE ACOSO

La Ley 3/2007 diferencia, como hace la Directiva 2002/73 (y el art. 2 de la Directiva 2006/54), entre acoso sexual y acoso por razón de sexo⁶². Este último concepto es particularmente novedoso y se incardina dentro de los acosos causales, por las causas establecidas en el art. 13 TCE, que se encuentran actualmente configurados en las Directivas 2000/43 y 2000/78. A su vez, el acoso causal por las causas contempladas en estas dos Directi-

⁶¹ Establece el art. 13.1 en su segundo párrafo de la ley 3/2007: «A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes». La misma redacción se configura para el art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su DA quinta.

⁶² Sobre el alcance de ambos conceptos, entre otros, VALLEJO DACOSTA, «El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *RL*, 5, 2007, pág. 15 ss.

vas se encuentra formulado en el art. 28.1.d. de la Ley española 62/2003, con un alcance muy similar al que se establece en las Directivas comunitarias, pero con algunas diferencias bastante interesantes con relación al acoso por razón de sexo del art. 7.2 de la ley 3/2007. A diferencia de los otros conceptos antidiscriminatorios elementales, el concepto de acoso por razón de género y de acoso sexual no han tenido desarrollo jurisprudencial comunitario, al menos hasta ahora, puesto que el reconocimiento de ambos se ha producido por primera vez en la Directiva 2002/73. El concepto de acoso por razón de sexo también es nuevo en el ordenamiento español, pero no así el de acoso sexual que, pese a carecer de formulación legislativa disponía de un marco sancionatorio elemental⁶³ en el ámbito laboral⁶⁴ y había dado lugar a múltiples pronunciamientos jurisprudenciales.

La explicación de un marco conceptual tan confuso, que aglutina dentro del mismo concepto de acoso, comportamientos y situaciones de tan distinta naturaleza (acoso discriminatorio por causas múltiples y acoso sexual) encuentra su explicación probablemente en la evolución de la normativa antidiscriminatoria norteamericana, de la que surgieron los conceptos que ahora se formulan en la normativa comunitaria y en la totalidad de los Estados de la Unión Europea. De un lado, el acoso sexual en Estados Unidos pudo beneficiarse de la protección privilegiada que derivaba de la *Civil Rights Act*, previa su configuración como conducta discriminatoria por razón de sexo, para lo cual, previamente, tuvo que configurarse también el concepto de acoso discriminatorio por razón de género. Una vez reconocido éste, el siguiente paso fue el reconocimiento de los acosos discriminatorios por las otras causas de discriminación prohibidas⁶⁵. En este contexto, el acoso causal (por género y por otras causas) es sencillamente el paso previo para el reconocimiento del acoso sexual en una normativa como la norteamericana que basa exclusivamente el reconocimiento de los derechos fundamentales en la empresa alrededor del principio de no discriminación. Podría plantearse si en el derecho continental, que dispone de mecanismos específicos de defensa de derechos fundamentales, incluido el derecho a la dignidad, resulta necesaria esta compleja diversificación del concepto de acoso: de un lado, el acoso sexual podría derivar directamente del derecho a la dignidad; de otro lado, los acosos llamados causales no son sino manifestaciones extremas de conductas discriminatorias ordinarias.

La explicación, con todo, es simple si se parte del origen norteamericano de los principios antidiscriminatorios comunitarios y de la propia configuración de los mismos en relación con el inexistente marco de derechos fundamentales en la Unión Europea. Debe partirse del dato de que no existe un reconocimiento general de derechos fundamentales en el

⁶³ El art. 4.2.e ET configuraba como atentado a la dignidad de las personas «las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual». A su vez el art. 8.13 LISOS tipificaba estas conductas como infracción administrativa muy grave. Un comentario crítico por PÉREZ DEL RÍO, «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», *RL*, tomo II, 1990.

⁶⁴ Al respecto, entre otros, ALTÉS TÁRREGA, *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, 2002, pág. 51 ss.

⁶⁵ Una teorización acerca de la ampliación de los conceptos de acoso a partir de la conexión del acoso sexual con la conducta antidiscriminatoria por razón de sexo, derivada también del acoso por orientación sexual, entre otros, por AMELIA CRAIG, «Musing about sexual orientation discrimination based on sex and sexual orientation as gender role discrimination», *California review of Law and women studies*, 5, 1995, pág. 105 ss; y DEBORAH SÁLENSE, «When men harass men: is it sexual harassment?» *Political and Civil Rights law review*, 1997, pág. 67 ss.



ámbito europeo, por lo que la situación en la Unión, se asemeja mucho a la del derecho norteamericano. De hecho, como se sabe el único derecho fundamental expresamente reconocido en el derecho comunitario es el de no discriminación. Desde esta perspectiva adquiere pleno sentido que el acoso sexual se considere expresamente en este ordenamiento como discriminación por razón de sexo (al igual que en el ordenamiento norteamericano) lo que le permite encontrar justificación en el art. 13 TCE y al mismo tiempo, aplicarle las garantías instrumentales contenidas en la Directiva 2006/54. El reconocimiento comunitario de los acosos causales (incluido el acoso por razón de género) adquiere en el ámbito comunitario el mismo sentido que adquirió en el derecho norteamericano: permite incorporar el derecho a la dignidad, que no se encuentra expresamente formulado ni en el ordenamiento comunitario ni en el ordenamiento norteamericano, en el ámbito de los derechos fundamentales relevantes e intensifica, desde un punto de vista estrictamente promocional, la gravedad de las conductas de mayor entidad y gravedad.

La paradoja surge inevitablemente cuando los principios comunitarios antidiscriminatorios surgidos alrededor del concepto de acoso por las razones descritas, deben forzosamente transponerse en los ordenamientos internos, que sí pueden tener, como en el caso español, una formulación expresa y extensiva de los derechos fundamentales en general y del derecho a la dignidad laboral en particular. En este contexto puede resultar tan incomprensible que el acoso sexual se ramifique desde el principio de no discriminación, como que los acosos causales constituyan un concepto esencialmente diferente de la discriminación causal ordinaria.

3.1. El acoso por razón de sexo

El antecedente inmediato español del acoso por razón de sexo se encuentra en el art. 28.1.d de la ley 62/2003, que da desarrollo a las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78. En este precepto se define este acoso causal, por múltiples causas entre las que no se encuentre el género, de la siguiente manera: «Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. Mas adelante el mismo precepto establece: El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios».

La concurrencia de acoso causal requiere que el comportamiento del acosador tenga como objetivo atentar contra la dignidad de la víctima o que cause este efecto. El concepto parece pues tener dos vertientes: intención del ofensor o resultado en la víctima. Teóricamente ello permitiría considerar la existencia de acoso cuando la intención del acosador fuera ofensiva, independientemente de la percepción de la víctima, pero ello no es necesariamente así porque el propio precepto establece la necesidad de oposición de ésta (conducta no deseada). Efectivamente, el precepto comienza destacando que la existencia de acoso se da cuando se produce una conducta «no deseada». Ello implica que la percepción de la víctima resulta fundamental para la calificación. Esta perspectiva subjetiva del concepto de acoso, que no contempla siquiera la posibilidad de introducir criterios objetivos

correctores, presenta importantes problemas básicamente por requerir prueba de que la víctima estaba disconforme con la conducta, lo que a su vez reconduce a la necesidad de probar la existencia de oposición expresa. La prueba de esta oposición es complicada en un contexto de dependencia como el laboral. La perspectiva subjetiva no se entiende además cuando se refiere a un comportamiento discriminatorio motivado por religión, etnia, edad etc... Puede tener cierta explicación en el acoso sexual, porque existe un espacio para las relaciones interpersonales en el seno de la empresa que se desea preservar, pero es difícil pensar en un acoso por alguna de las razones mencionadas en el art. 28 de la ley 62/2003 que no resulte desagradable para el sujeto receptor de la misma y que justifique su falta de oposición. Resulta particularmente interesante que el art. 28 de la ley 62/2003 española haya reproducido tal cual el concepto de las Directivas comunitarias sin siquiera incorporar el corrector elemento objetivo que para el acoso sexual estableció nuestro Tribunal Constitucional ya en 1999 (infra). Un elemento particularmente interesante de la regulación del acoso causal en la normativa comunitaria y en la Ley 62/2003 es la naturaleza del acoso, que es siempre de naturaleza discriminatoria. En este contexto el acoso es un grado, el más grave, de discriminación. Dado el especial tratamiento del acoso causal con relación a las conductas meramente discriminatorias, la cuestión queda reconducida a determinar la línea que delimita ambas situaciones (mera discriminación y acoso causal).

Pero uno de los principales defectos de la ley 62/2003 fue que en este rudimentario desarrollo del derecho comunitario dejó fuera la Directiva 2002/73, que incluía el concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Aquel se refiere a la conducta que pretende la satisfacción sexual del ofensor. En cambio, el acoso por razón de sexo es similar al que se acaba de describir como acoso causal, siendo precisamente el sexo de la víctima la causa de la ofensa. El art 1.2 de la Directiva 2002/73 (actual art. 2.1.c Directiva 2006/54) establecía : «Acoso: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.... Mas adelante señalaba: El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán».

Destaca en este concepto de acoso por razón de sexo su gran similitud con el acoso causal configurado, para el resto de causas discriminatorias, en la Directiva 2000/43, en la Directiva 2000/78 y en el art. 28.1.d Ley 62/2003. Es un concepto que plantea fundamentalmente dos críticas: la primera es que resulta difícil identificar una conducta discriminatoria por razón de sexo que no configure un entorno intimidatorio u hostil, con lo cual resulta difícil deslindar una discriminación ordinaria por razón de sexo y un acoso por esta causa. Presumiblemente el acoso por razón de sexo vendrá constituido por una discriminación de mayor entidad o relevancia, pero en todo caso resulta difícil determinar los límites; la segunda es que tanto en el concepto español para los acosos por causas múltiples de la Ley 62/2003 como en las tres Directivas comunitarias antidiscriminatorias (incluida la Directiva 2002/73 —y la Directiva 2006/54—), se utiliza un concepto de acoso causal, de naturaleza subjetiva⁶⁶, puesto que expresamente se requiere para su concurrencia que sea «no

⁶⁶ A diferencia del concepto de acoso en el derecho norteamericano, que acepta parámetros objetivos relacionados con la percepción social mayoritaria. En el asunto *Harris v. Forklift Systems, Inc.* (510 US, 17, 1993, la



deseado» por parte de la víctima. Ello incorpora implícita e inexplicablemente al concepto un elemento subjetivo de oposición de la víctima que puede dificultar notablemente la prueba, y que en parte ha sido corregido en la ley española 3/2007 para el acoso por razón de sexo.

Efectivamente, el acoso por razón de sexo aparece configurado en el art. 7.2 de la Ley 3/2007 del siguiente modo: «Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». En su art. 7.3 se establece que el acoso por razón de sexo se considerará en todo caso discriminatorio, al igual que el acoso sexual. La principal diferencia entre este concepto de acoso y el comunitario (por razón de sexo y por las otras causas del art. 13 TCE) es que desaparece en el texto español el término «no deseado», con lo que se abre una posibilidad interpretativa del acoso por razón de sexo de naturaleza mucho más objetiva que la formulada en la normativa comunitaria. La supresión en la norma española del término «no deseado» permite considerar la existencia de acoso por razón de sexo aunque no conste la oposición de la víctima, presumiblemente cuando la conducta constitutiva de la situación humillante creada fuera de tal entidad objetiva (se entiende, para una persona media en circunstancias consideradas normales) que justificara por sí misma la calificación como acoso.

La redacción de la norma española es mucho más consecuente con la naturaleza del acoso causal que la normativa comunitaria: resulta difícil pensar en una conducta humillante u ofensiva por razón del género de la víctima que pudiera ser bienvenida y deseada por ésta. Por tanto, la necesidad de que el comportamiento origen de la situación creada sea «no deseado» no incorpora verdaderamente un requisito adicional al concepto de acoso por razón de sexo, sino que constituye en realidad una especificación o manifestación de su carácter humillante u ofensivo. Y ello porque el acoso no sería tal, por no resultar humillante, si fuera consentido por el sujeto pasivo. La razón de que en las Directivas comunitarias 2000/43, 2000/78 y 2002/73 (posteriormente Directiva 2006/54) se haya incorporado al concepto de acoso el inciso de «no deseado» se explica por el hecho de que en la conceptualización de los acosos causales se han reproducido los elementos esenciales del acoso sexual (que era un concepto de mayor solera y que había sido objeto de múltiples estudios en Derecho comunitario —por todos Informe Rubinstein sobre el programa de hostigamiento sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 1987—). En el concepto de acoso sexual el carácter «no deseado» de la conducta podría, teóricamente, tener cierta justificación para garantizar que no se sancionan los comportamientos de acercamiento sentimental en el seno de la empresa, que fueran bienvenidos o aceptados (aunque en todo caso, hay otros mecanismos para garantizar el mismo fin que no resultan tan arbitrarios en una relación como la laboral, de dependencia intensa). De cualquier modo, el requisito de ser «no deseado» resulta total y absolutamente injustificado en el contexto de la discriminación causal, por lo que su desaparición en la ley 3/2007 para la discrimina-

Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que «la víctima debe percibir el ambiente como abusivo y una persona razonable y objetiva debe también encontrar el ambiente hostil y ofensivo». Al respecto, DEBORAH ZALESNE, «Sexual harassment law in the United States and South Africa: facilitating the transition from legal standards to social norms», *Harvard's women's law journal*, vol 25, 2002, pág. 171.

ción por razón de género merece, sin duda, una valoración positiva. Lamentablemente, dado el carácter de transposición literal que tuvo la Ley 62/2003 en su art. 28.1.d respecto a las Directivas 2000/43 y 2000/78, cuando el acoso se produce por causa de religión, convicciones, edad, discapacidad, orientación sexual o etnia, se requiere para su existencia que conste su carácter «no deseado», con lo que implícitamente se exige la constancia de la oposición de la víctima a la conducta discriminatoria causante de humillación, y se le obliga a comportamientos casi heroicos, difícilmente exigibles en un contexto de dependencia laboral y mucho menos dadas las circunstancias personales y sociales en las que las víctimas podrían encontrarse.

Existe una precisión conceptual, en la ley 3/2007, un tanto desconcertante: en su art. 7.4 se especifica expresamente el acoso de intercambio o *quid pro quo* para referirlo tanto al acoso por razón de sexo como al acoso sexual y para atribuirle en todo caso naturaleza discriminatoria. Señala este precepto: «El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo». No plantea problema alguno la calificación como discriminatoria de la conducta referida, pero sí que puede resultar difícilmente comprensible la existencia de un acoso por razón de sexo de intercambio. El acoso sexual de intercambio es la manifestación más intensa del acoso sexual, e implica el anticipo de un mal o la pérdida de un bien si no se accede al requerimiento sexual del ofensor. No se encuentra expresamente definido en el texto del art. 2.1.d de la Directiva 2006/54, que tan solo se refiere al llamado acoso ambiental (la configuración de un ambiente hostil y degradante por una conducta contraria a la dignidad de índole sexual). Pero el acoso sexual de intercambio se entiende incluido en el concepto comunitario de acoso sexual porque el ambiental se menciona tan solo, como una de las posibles manifestaciones del mismo. Resulta, con todo, dificultoso pensar en un acoso por razón de género de intercambio, en el que una persona aceptara ser objeto de discriminación intensa constitutiva de esta modalidad de acoso, como condición para obtener o no perder un beneficio. Ciertamente esta circunstancia concurre en casi todas las situaciones constitutivas de discriminación por razón de género, pero es ciertamente extraño que la proposición en tal sentido se produzca, porque lo habitual es que la discriminación se realice, de hecho, hasta llegar a constituir el ambiente hostil que lo caracteriza, sin que el ofensor lo admita o lo reconozca como proposición.

3.2. El acoso sexual

El art. 1.2 de la Directiva 2002/73 (actual art. 2.1.d Directiva 2006/54) establece: «Acoso sexual: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Las características del concepto comunitario podrían sintetizarse del siguiente modo: 1) especifica el tipo de conductas relevantes, que son tanto las verbales como las no verbales o físicas, por ello no añade nada al término «comportamiento» o «conducta» que con carácter general se utiliza en otras definiciones. Se echa en falta, con todo, la referencia a las omisiones constitutivas de acoso, lo que permitiría inte-



grar en el concepto la responsabilidad empresarial; 2) Teóricamente el acoso viene determinado tanto por la intención del ofensor como por el efecto realmente causado, aunque el carácter «no deseado» incorpora al concepto elementos subjetivos determinantes, y otorga valor fundamental a la percepción de la víctima y, por tanto, también a la prueba de su oposición a la conducta del ofensor; 3) El concepto contempla tanto el acoso de intercambio (amenaza de un mal si no se accede al requerimiento de naturaleza sexual) como el ambiental (creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo), porque aunque solo se menciona este último expresamente se refiere la expresión «en particular».

De interés resulta destacar que en el ordenamiento español, por interpretación ya antigua del Tribunal Constitucional, el concepto debe incorporar necesariamente elementos de carácter objetivo. En la STCo. 224/1999, de 13 de diciembre el Alto Tribunal refería lo siguiente: «En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambientalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas».

Ciertamente en este párrafo la perspectiva objetiva se presenta como un límite a percepciones subjetivas de la víctima que pudieran exceder de lo razonable, pero sin duda cabe una lectura general de lo establecido por el Tribunal Constitucional en los casos de acoso, que permita considerar la concurrencia de éste cuando existan parámetros de conducta lo suficientemente graves para resultar ofensivos por sí mismos, independientemente de la oposición que expresamente pudiera haber manifestado la víctima. Podría decirse pues que en el ordenamiento español el concepto de acoso consolidado con anterioridad a la Ley 3/2007 parte de la misma perspectiva subjetiva que propugna la norma comunitaria, si bien filtrada y corregida por elementos objetivos cuando concurren elementos de gravedad suficiente. No quiere ello decir que ambos sean de concurrencia obligatoria para que se entienda que concurre acoso sexual: significa que el elemento subjetivo (carácter no deseado) es el elemento configurador primero pero matizado por el elemento objetivo de la gravedad de la conducta en atención a lo que razonablemente cualquier persona hubiera

sentido al respecto, aun a pesar de que la oposición a la ofensa no se haya manifestado con total rotundidad.

Consecuentemente con esta interpretación, matizadamente objetiva, del concepto de acoso sexual que ha anticipado, siquiera implícitamente, el Tribunal Constitucional, el art. 7.1 de la ley 3/2007 establece un concepto en el que no aparece la referencia al carácter «no deseado» del mismo. Literalmente señala: «Sin perjuicio de lo establecido en el código penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Se trata de un concepto esencialmente idéntico al comunitario, con la sola diferencia de la desaparición a la referencia de «no deseado», lo que permite aplicar cierto filtro objetivo para detectar su concurrencia, independientemente de que conste la oposición de la víctima. La cuestión que inevitablemente se plantea es si, de este modo, la Ley 3/2007 no estaría excediéndose respecto a la norma comunitaria, al configurar un concepto que parece proscribir todo tipo de acercamientos sentimentales en el ámbito laboral, a riesgo de presumirlos, salvo prueba en contrario, constitutivos de acoso sexual. Es fácil concluir, sin embargo, que ese riesgo es inexistente porque, como apuntábamos más arriba para el acoso por razón de género, un acercamiento consentido sencillamente no podría considerarse humillante u ofensivo. En definitiva, la referencia expresa que en la norma comunitaria se hace al carácter «no deseado» del acoso sexual resulta una precisión innecesaria y desconcertante, porque va implícita en la calificación como humillante u ofensiva que resulta esencial para la calificación de la conducta como acoso sexual. En este contexto, la desaparición del inciso «no deseado» en la norma española no conduce a que desaparezca la necesidad de prueba de falta de consentimiento. Significa, sencillamente, que tal evidencia no debe ser tan expresa y evidente como parece deducirse cuando expresamente se requiere en el tenor normativo. Permite, en definitiva, valorar todas las circunstancias concurrentes en la relación laboral (particularmente en atención a la subordinación contractual) para considerar que concurre incluso, en ocasiones, sin que conste abiertamente la oposición de la víctima.

La última cuestión que plantea el concepto de acoso sexual es su estructura y naturaleza: De un lado, la ley 3/2007 en su art. 7.4 define expresamente el acoso sexual de intercambio, lo que no hace el art. 2 de la Directiva 2006/54, que se limita a conceptualizar el acoso ambiental; de otro lado, con relación a su naturaleza, el art. 7.3 de la Ley 3/2007 establece el carácter discriminatorio de las conductas constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo, con el siguiente tenor: «Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo». En el apartado cuarto del mismo art. 7 de la Ley 3/2007 se establece que el acoso de intercambio «se considerará también acto de discriminación por razón de sexo». La norma española reproduce así lo establecido en el art. 2.2.a de la Directiva 2006/54. La calificación como discriminatoria de la conducta constitutiva de acoso por razón de sexo resulta redundante porque, por su esencia, implica un grado intenso de discriminación hasta el punto de configurar un entorno intimidatorio u hostil. Más relevante resulta la calificación como discriminatoria por razón de sexo de cualquier conducta constitutiva de acoso sexual, puesto que el motor de la conducta prohibida no es propiamente el género de la víctima, sino la satisfacción sexual del ofensor. Al menos teóricamente, dicha satisfacción podría motivar acosos que fueran independientes del

sexo de la víctima (piénsese en exposiciones de material pornográfico, en comentarios no relacionados con características anatómicas sino en la propia actividad sexual o en acosos de intercambio llevados a cabo por sujetos bisexuales). Ello no obstante, la normativa comunitaria incluyó, a partir de la reforma operada por medio de la Directiva 2002/73, un concepto de acoso sexual que participaba directa y expresamente de la naturaleza discriminatoria por razón de sexo. En parte, esta opción es comprensible por el carácter femenino mayoritario de las víctimas de discriminación, pero sin duda existen otras razones. La primera, es la inexistencia de mecanismos de protección efectivos ligados a derechos fundamentales distintos a la discriminación en algunos países de la Unión Europea. Otra razón podría ser el carácter homogéneo que se ha pretendido dar en el ámbito comunitario a todas las causas de discriminación prohibidas por el art. 13 TCE y que ha hecho que se asimile la protección dispensada a todos los supuestos de acoso, incluido el acoso sexual. Parece que el concepto de acoso causal ha surgido en las tres directivas comunitarias como un mecanismo para destacar la relevancia y trascendencia de las conductas discriminatorias extremas, susceptibles de configurar climas laborales hostiles y degradantes por razón de la edad, sexo, discapacidad, religión, convicciones u orientación sexual de la víctima. La adopción del término acoso para describir este tipo de conductas discriminatorias extremas tenía por objeto destacar la gravedad de las consecuencias que podían generarse a partir de las mismas, hasta el punto de constituir climas laborales tan hostiles como los que habían caracterizado las conductas constitutivas de acoso sexual. Este fenómeno ha tenido, no obstante, un carácter bilateral, porque si bien los acosos causales han nacido como ramificaciones del acoso sexual (al menos desde la perspectiva de sus efectos o consecuencias), el acoso sexual ha adoptado la naturaleza discriminatoria que caracterizaba a aquellos, hasta producir una unificación de régimen jurídico que puede presentar problemas desde una perspectiva estrictamente jurídica, pero que en todo caso sirve para destacar la gravedad y trascendencia de las discriminaciones causales y para dotar a las víctimas de acoso sexual de un marco de garantías e instrumentos de defensa más intensos.

Por lo demás, el reconocimiento del acoso por razón de género y del acoso sexual en el art. 7 de la Ley 3/2007, se despliega en un doble sentido en su texto: de un lado se corrigen los defectos motivados por la insuficiente transposición operada por la Ley 62/2003, de modo que en la configuración de los supuestos de acoso prohibidos y en la descripción de sus efectos (particularmente la posibilidad de despido disciplinario) se refieren expresamente las situaciones de acoso por razón de género y acoso sexual⁶⁷. De otro lado, se configuran expresamente en la Ley española de igualdad obligaciones de naturaleza preventiva de las conductas constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48 Ley 3/2007), con lo que en parte la Ley trata de compensar la reticencia administrativa y judicial hasta ahora manifestada a considerar el acoso sexual como riesgo incluido en la actividad preventiva que corresponde al empresario en aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales⁶⁸.

⁶⁷ Mediante reformas en el art. 4.2.e ET y en el art. 54 ET. Sobre su alcance, DE LA PUEBLA PINILLA, «Dimensión laboral de la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *RL*, 8, 2007, pág. 3 de 23.

⁶⁸ Un comentario de esta tendencia por ALTÉS TÁRREGA, *El acoso sexual en el trabajo*, op. cit. pág. 67 ss.

4. LA DESIGUALDAD PARA LA IGUALDAD: IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y ACCIÓN AFIRMATIVA

La consecución de la igualdad efectiva como objetivo fundamental de la Ley 3/2007, pasa desde su propio título a todos y cada uno de sus preceptos, incluidos los conceptuales del Título I. Este objetivo se configura rotundamente en el art. 1 de la Ley 3/2007, cuando establece que «Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres». La efectividad de la igualdad requiere una tarea de mayor trascendencia que la mera igualdad formal: de un lado, requiere de una aplicación transversal a todos y cada uno de los aspectos de la vida⁶⁹; de otro, supera la mera igualdad formal porque obliga a la desigualdad para la igualdad, lo que conduce a la necesidad de aplicar medidas de acción positiva.

Pero, de nuevo, la finalidad de transposición comunitaria asumida por la Ley 3/2007 adquiere una perspectiva contradictoria en su art. 5: después de haber configurado el principio general de aplicación del principio de igualdad efectiva a todas y cada una de las vertientes de la vida (art. 1.1) establece en el art. 5 un principio de igualdad de oportunidades limitado exclusivamente al ámbito laboral (aunque sea con un concepto extensivo)⁷⁰. Ello sucede porque el art. 5 de la ley reproduce el ámbito material del principio de igualdad de oportunidades de la Directiva 2002/73 (actualmente, en el art. 14 de la Directiva 2006/54), produciendo una transposición expresa que queda ya comprendida en otros preceptos de la Ley.

Por lo demás, la igualdad de oportunidades es un concepto que trasciende la mera igualdad de trato y que se enmarca en el concepto material y no meramente formal de la igualdad. Implica que para restablecer la igualdad real no resulta suficiente la mera equiparación, sino que resulta también necesaria la desigualación igualadora. Este es el principal sentido del concepto de acción positiva o acción positiva que, desde esta perspectiva, no sería una excepción de la igualdad sino una manifestación de la misma. Históricamente la normativa comunitaria en materia antidiscriminatoria por razón de sexo ha tendido funda-

⁶⁹ La aplicación de la Ley a todas cada una de las vertientes de la vida se manifiesta en múltiples ocasiones a lo largo del texto de la Ley 3/2007. Particularmente interesantes son, con todo, las manifestaciones de este principio en el Título Preliminar y en el Título Primero. En el art. 1.1 se establece que constituye objeto de la ley «la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida...».

⁷⁰ El art. 5 de la ley 3/2007 establece lo siguiente: «Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se llevan a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

mentalmente a la paridad de trato⁷¹, de modo que las medidas desigualatorias para la igualdad han sido, en principio, consideradas excepcionales⁷². La incorporación al art. 141.4 TCE del reconocimiento de la acción positiva como mecanismo para la igualdad, más que como excepción a la igualdad⁷³, supone un cambio de perspectiva importante, si bien la formulación de este precepto en el TCE no supera los criterios clásicos establecidos tiempo atrás por el TJCE sino que mayoritariamente los incorpora. La misma perspectiva normalizadora de la acción afirmativa han adoptado las tres directivas antidiscriminatorias.

El TJCE, antes de estas formulaciones normativas de la acción positiva, ya había consolidado, en torno a la compensación de la discriminación por razón de sexo, su propia doctrina acerca del alcance comunitario de aquella. La primera de las sentencias al respecto fue la dictada en el asunto Kalanke⁷⁴. Como contrapunto, la sentencia dictada en el asunto Marschall⁷⁵ sirvió para delimitar más claramente el alcance de la acción afirmativa legítima para el derecho comunitario e informó directamente el contenido del art. 141.4 TCE (principio de no discriminación por razón de sexo). Más adelante sus presupuestos fueron reiterados y matizados por las sentencias dictadas por el TJCE en los asuntos Badeck⁷⁶ y Abrahamsson⁷⁷. Dentro de la confusión que supone el hecho de que ante situaciones muy similares (cuotas para el acceso al empleo en la Administración alemana) el TJCE haya llegado a conclusiones diferentes, de la interpretación conjunta de las sentencias dictadas en los asuntos Kalanke y Marschall⁷⁸ es posible un acercamiento al sentido de lo que el TJCE considera como acción afirmativa lícita con respecto al derecho comunitario. De entre todas las modalidades posibles de acción afirmativa el establecimiento de cuotas a la contratación es uno de los procedimientos más cuestionados por cuanto el perjuicio⁷⁹ oca-

⁷¹ Así lo destacaban RODRÍGUEZ PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación...*, op. cit. pág. 153.

⁷² Señala PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA, *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 35, que «el fundamento de la acción positiva en Derecho comunitario no es especialmente fuerte; las normas con eficacia vinculante que contemplan la acción positiva, y que no exigen su adopción, simplemente la permiten, lo hacen como una excepción al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, es decir, desde el principio de igualdad formal...».

⁷³ Art. 141.4: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

⁷⁴ Sentencia de 17-10-1995, C-450/93.

⁷⁵ Sentencia de 11-11-1997, C-409/95.

⁷⁶ Sentencia de 28-3-2000, C-158/97.

⁷⁷ Sentencia de 6-7-2000, C-407/98.

⁷⁸ Que han sido objeto de múltiples estudios. Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marshall del TJCE», *RL*, 24, 1997; LÓPEZ ANODÓN, «La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marshall contra Nordrhein Westfalen)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 323, 1997; BALLESTER PASTOR, «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *RL* 18, 1998; More, «Case 409/95, Helmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen», *Common market law review*, vol 36, 2, 1999.

⁷⁹ Para un comentario acerca de las connotaciones que supone la utilización del concepto de «perjuicio para los hombres» en lugar de «no obtención de beneficio», en el asunto Kalanke, BARRERE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997, pág. 112 ss.

sionado a los integrantes del colectivo excluido del beneficio resulta más evidente. Es por eso que, así como el TJCE ha interpretado y filtrado el alcance de las medidas de acción afirmativa de resultado (cuotas), ha admitido con carácter general, sin siquiera cuestionarlas, las medidas de objetivos o promocionales⁸⁰. Pero no todas las acciones afirmativas de resultado son contrarias al derecho comunitario, sino tan solo aquellas que sobrepasan el concepto de acción afirmativa para configurarse en medidas de discriminación inversa⁸¹. La única diferencia entre las normas que dieron lugar al asunto Kalanke y al asunto Marschall es lo que se ha llamado la cláusula de salvaguarda (*saving clause*). En el asunto Marschall la preferencia femenina quedaba enervada cuando recaían en el candidato masculino condiciones que inclinaban la balanza a su favor, de ahí derivó el TJCE que no existía atentado al derecho individual de otros candidatos, puesto que la cuota se aplicaba tan solo en el caso de igualdad total de méritos. En cambio, en el asunto Kalanke no existía esta garantía, porque la candidata femenina tenía preferencia en la contratación siempre que pasara los requisitos mínimos para llevar a cabo la actividad. Con todo, la lógica aplicativa del TJCE era idéntica en los asuntos Kalanke y Marschall por cuanto en ambos se preferenciaban los derechos individuales frente a los colectivos⁸². En otras palabras, el TJCE admitió la legitimidad comunitaria de las cuotas femeninas a la contratación siempre y cuando se respetara la vertiente individual de los excluidos de la preferencia, sin plantear siquiera la posibilidad de un tratamiento específico y diferente para la discriminación grupal, que sigue careciendo de una teorización razonable⁸³.

En el ámbito interno español, en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional ha reconocido la validez constitucional de las medidas de acción afirmativa. Una de las primeras fue la sentencia 128/1987, de 16-7, en la que el Tribunal admitió la constitucional de una cláusula contenida en convenio colectivo que limitaba a las mujeres el disfrute de un complemento de guardería por hijo a cargo. Se trataba de un pronunciamiento que tomaba como punto de partida un planteamiento, al menos cuestionable (la responsabilidad de la mujer de las responsabilidades domésticas y familiares). Pese a todo, la sentencia fue el detonante de otras muchas que se pronunciaron en torno a la legitimidad de tales medidas. Cuando la doctrina de la igualdad real vino a sustituir a la doctrina de la igualdad por arriba⁸⁴ sirvió para legitimar, e incluso para considerar constitucionalmente necesarias, se-

⁸⁰ Un análisis acerca del alcance conceptual de las medidas de objetivos y de resultados por PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta...», *op. cit.* pág. 33 ss.

⁸¹ Utilizo el término «discriminación inversa» para calificar la diferencia normativa entre sexos que no está legitimada por no constituir un supuesto de acción afirmativa. Debe constatarse que parte de la doctrina no lo utiliza con este sentido, sino que utiliza el término de «discriminación a la inversa» como sinónimo de acción afirmativa (no necesariamente ilícita). En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *AL*, 4, 1996, pág. 43.

⁸² VOGEL POLSKY, (Declaraciones en la reunión de expertos organizada por el Comité sobre derechos de las mujeres del Parlamento Europeo), recogido en «Equality law: two important laws adopted», *Quarterly magazine of the medium term Community action programme on equal opportunities for women and men (1996-2000)*, 4, 1998, pág. 11; en sentido similar, considerando que la formal apariencia de preferencia por la vertiente colectiva del derecho a la igualdad se encontraba profundamente condicionado por el alcance de la cláusula de salvaguarda, MORE, «Case C-409/95, Hellmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen», ... *op. cit.* pág. 450.

⁸³ Al respecto BARRERE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio...*, *op. cit.* pág. 119.

⁸⁴ Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional al respecto equipararon el principio de no discriminación al de igualdad, lo que supuso, de un lado, la admisión de ciertas pruebas de razonabilidad para justificar

gún lo establecido en el art. 9.2 de la Constitución, las medidas de acción afirmativa. En realidad, el problema de la acción positiva en España tradicionalmente no ha sido tanto de constitucionalidad como de legalidad, desde el momento que el art. 17.2 del ET establecía (antes de la reforma operada por la Ley 3/2007): «Podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente». Parte de la doctrina⁸⁵ y de la jurisprudencia⁸⁶ interpretaron que este precepto impedía el establecimiento de cuotas a la contratación por medio de la negociación colectiva, aunque en alguna ocasión cierta jurisprudencia implícitamente llegó a admitirla⁸⁷, configurando una situación de gran complejidad.

La postura adoptada en la Ley 3/2007 adquiere una perspectiva múltiple: de un lado normaliza la acción positiva, equiparándola como medida para hacer efectiva la igualdad real a la formulación del art. 141.4 TCE⁸⁸; de otro lado, el art. 11 de la Ley 3/2007 trasciende el ámbito de los sujetos activos de la acción positiva: no se trata tan solo de una obligación para que los Poderes Públicos dirijan su actuación a la consecución de la igualdad real en los términos configurados en el art. 9.2 de la Constitución, sino también una posibilidad abierta a las personas privadas (art. 11.2 Ley 3/2007), que se llega a configurar incluso como obligatoria en algunos aspectos de la ley (por ejemplo, con relación a la composición equilibrada en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles — art. 75—). Finalmente, la ley legitima las medidas de acción positiva configuradas por medio de la negociación colectiva (lo que no podía ser de otro modo dada la configuración de los planes de igualdad), pero no por medio de la alteración del art. 17.2 ET, sino por medio de la incorporación de un nuevo art. 17.4 (por la DA 11 Ley 3/2007) en el que expresamente se dice que «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones». El texto del art. 17.2 ya no es una prohibición de la acción afirmativa negociada, sino meramente una formulación de reserva de ley.

Con relación al ámbito de la acción positiva legítima, la Ley 3/2007 se mueve en el estrecho espacio dejado libre a la acción afirmativa por la doctrina del TJCE, pero con algunas matizaciones de gran interés. En el actual art. 17.4 del ET se establece la legalidad de las «reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del

conductas contrarias a alguno de los criterios del art. 14, segundo inciso; y, de otro, la incorporación de la doctrina de la igualdad por arriba, o de paridad de tratamiento, en materia de requisitos para acceder a la pensión de viudedad (por todas sentencia del T.Co. 103 y 104/1983 de 22 y 23 de noviembre), lo cual supuso, a juicio de parte de la doctrina doctrina (LÓPEZ TARRUELLA y VIQUEIRA PÉREZ, «La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del tribunal Constitucional», *La ley*, 1990, II, pág. 457 ss), la desnaturalización de una prestación que nació con naturaleza mas asistencial que contributiva. También al respecto, ALONSO OLEA, «Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional», *REDT*, 16, 1983; y RODRÍGUEZ PIÑERO, «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer», *RL*, 2, 1992.

⁸⁵ Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, Y BRAVO FERRER «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*. Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1983.

⁸⁶ Por todas, sentencia del TS 21-6-1994.

⁸⁷ Por ejemplo, en la sentencia del TS de 18 de febrero de 1994.

⁸⁸ De hecho, tanto el art. 141.4 TCE como el art. 11 de la Ley 3/2007 comienzan con el mismo tenor: «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad...».

sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate». En el siguiente párrafo, y con idéntica caracterización, se configura la posibilidad de las mismas medidas en el ámbito de la clasificación profesional, promoción y formación. Particularmente interesante resulta que el ordenamiento español ha incorporado las limitaciones del TJCE en torno a las cuotas por medio del inciso «en igualdad de condiciones de idoneidad». No ha utilizado ni el concepto de «igualdad de condiciones mínimas» (considerado contrario al derecho comunitario por el TJCE) ni el concepto, más estricto, de «igualdad de méritos». La igualdad en las condiciones de idoneidad utilizado en la norma española constituye una adecuada terminología porque reproduce en su esencia el criterio de la igualdad de méritos (único admitido por el Tribunal Comunitario) pero siempre y cuando se refiera estrictamente al puesto de trabajo de referencia. Este sentido y no otro tiene la utilización del término «idoneidad» en lugar del de los «méritos». De este modo, los méritos superiores que pudiera tener el candidato masculino pero que no tuvieran relación directa con el desarrollo del trabajo desaparecen a efectos comparativos. La terminología utilizada por la norma española permite descender el grado de exigencia establecido por la jurisprudencia del TJCE para entender legítima una medida constitutiva de cuota, incorporando también el concepto de discriminación indirecta. Efectivamente, al configurar mediante la idoneidad una relación directa con la actividad a realizar, el art. 17.4 ET permite filtrar aquellos méritos que en sí mismos fueran constitutivos de discriminación indirecta al impedir la aplicación de la preferencia en beneficio de la mujer, siempre y cuando estos méritos no relacionados con la actividad recayeran en mayor medida en los hombres que en las mujeres.

Particular interés despierta el tema de la posible aplicación de los límites configurados a las cuotas laborales en derecho comunitario a las otras cuotas configuradas en la norma española, sobre todo cuando tienen carácter obligatorio (cuotas en la Administración General del Estado y organismos vinculados —art. 52 Ley 3/2007—; en las candidaturas electorales —art. 44 bis de la ley Orgánica de Régimen Electoral general, por DA segunda de la Ley 3/2007—; o en los consejos de administración de las empresas societarias —art. 75 ley 3/2007). Innecesario resulta destacar que en estos ámbitos no se aplica lo establecido en el art. 17.4 ET (respecto a la idoneidad del candidato/a), sino tan solo la precisión respecto a la composición equilibrada que formula la DA primera de la Ley⁸⁹. Innecesario también resulta recordar que la doctrina limitativa de las cuotas emitida por el TJCE se refiere tan solo a la perspectiva laboral, básicamente porque cuando se produjeron los pronunciamientos correspondientes esta naturaleza tenían las Directivas de referencia. De posterior fecha fue la Directiva 2004/113, sobre el principio de no discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta es una de las paradojas que suscita la interpretación restrictiva de las cuotas establecida por el TJCE con relación al género: si se realiza una interpretación extensiva de esta doctrina jurisprudencial, resultaría ilícito desde el punto de vista comunitario el establecimiento de cuotas absolutas en ámbito extralaborales o para colectivos diferentes al femenino, lo que desencadenaría la

⁸⁹ DA primera Ley 3/2007: «Presencia o composición equilibrada. A los efectos de esta Ley se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».



ilegalidad comunitaria de las cuotas a la contratación de minusválidos y también de las cuotas extralaborales configuradas en la Ley 3/2007. Su licitud, en cambio, quedaría a salvo si se entendiera que la doctrina del TJCE sobre las cuotas se refiere exclusivamente al colectivo femenino, aunque esto chocaría con el espíritu unitario del principio antidiscriminatorio que parece propugnar la actual normativa comunitaria.

5. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

El art. 8 de la Ley 3/2007 establece una vinculación directa y absoluta entre el embarazo o la maternidad y la discriminación por razón de sexo al establecer que: «Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». Es una formulación más ambiciosa que la establecida en el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54, en el que la discriminación por estas causas se realiza con la misma rotundidad pero sin calificarla de discriminación directa, al tiempo que se realiza una remisión a lo establecido en la Directiva 92/85⁹⁰. En materia de protección estricta del embarazo y la maternidad la Directiva 92/85, en desarrollo de la Directiva marco sobre Seguridad e Higiene (Directiva 89/391) recoge aspectos tales como la protección de la mujer embarazada o en periodo de lactancia frente a la exposición de sustancias peligrosas o frente al trabajo nocturno. Igualmente se establecen las mínimas condiciones del permiso por maternidad así como la obligación de que los Estados miembros configuren garantías eficaces frente al despido (art. 10). La jurisprudencia del TJCE en relación con el despido por causa de embarazo y maternidad se ha producido en supuestos en que el motivo directo de la extinción era la falta reiterada y objetiva de asistencia al trabajo. La postura del Tribunal queda sintetizada en dos sentencias: la dictada en el asunto Hertz⁹¹, que planteaba un supuesto de despido por faltas de asistencia motivadas por una enfermedad que, originada con el parto, se prolongaba más allá del tiempo previsto en el permiso de maternidad; y la dictada en el asunto Brown⁹² que, a diferencia de la anterior, planteaba el supuesto de un despido por faltas de asistencia correspondientes a una enfermedad relacionada con el embarazo⁹³. En el asunto Hertz el TJCE consideró que competía a los Estados la determinación temporal de cuando una enfermedad estaba o no vinculada directamente con el embarazo, por lo que justificó la aplicación del despido objetivo. En cambio, en el segundo supuesto, el Tribunal aplicó la consideración de despido discriminatorio porque las faltas de asistencia estaban directamente relacionadas con el embarazo. Ambas sentencias anticipan una diferencia entre la protección dispensada a la mujer embarazada (más intensa) respecto a la mujer que ha sido ya madre, así como respecto a la persona

⁹⁰ Art. 2.2.d. Directiva 2006/54: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: ... c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85».

⁹¹ Sentencia de 8 de noviembre de 1990, C-179/88.

⁹² Sentencia de 30 de junio de 1998, C-394/96.

⁹³ Para un comentario del alcance de ambas sentencias, PÉREZ YAÑEZ, «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio de 1998», *AL*, 4, 1999; y ROFES I PUJOL, «El embarazo no es una enfermedad», *Aequalitas*, 1, 1999.

que, con posterioridad, se dedica al cuidado de los hijos. Efectivamente, la protección intensa de las mujeres embarazadas se manifiesta en sentencias como las siguientes: en el asunto Dekker⁹⁴ se calificó como discriminación directa la falta de contratación de una mujer por el hecho de estar embarazada (aunque ello suponía un incremento del coste retributivo motivado por la obligada asunción empresarial del coste de la prestación de maternidad y pese a que el empresario formalizó el contrato finalmente con otra mujer); asimismo, en el asunto Tele Danmark⁹⁵, se consideró igualmente constitutivo de discriminación directa el despido de una trabajadora embarazada aunque el puesto para el que se le había contratado, incompatible con su estado, era temporal y coincidía con el tiempo en que la trabajadora no podía desempeñarlo por estar embarazada. Abierta, clara y reiteradamente ha establecido el TJCE la falta de obligación de que la trabajadora embarazada advierta de su estado en el momento de la selección. La protección durante la situación suspensiva por maternidad, posterior al parto, también participa de cierta protección: por ejemplo, en el asunto Merino Gómez⁹⁶, el TJCE estableció que la pérdida o subsunción de las vacaciones en el periodo suspensivo por maternidad resultaba contrario al derecho comunitario porque la suspensión por esta causa no puede implicar perjuicios a la trabajadora con relación a los derechos a los que hubiera tenido acceso si no se hubiera encontrado en ella. Sin embargo, la protección se difumina considerablemente cuando se produce un alejamiento temporal del momento del embarazo o el parto, puesto que claramente el TJCE no prolonga el principio de no discriminación por razón de sexo a momentos que pudieran entroncar exclusivamente con el cuidado de los hijos⁹⁷. La tibieza con que la Directiva 96/34 regula el tema de los permisos parentales en el ámbito comunitario hace que la conciliación de responsabilidades no sea una causa de discriminación prohibida en este ámbito, ni siquiera como ramificación del principio de no discriminación por razón de género. Resulta llamativo que la norma comunitaria haya extendido el principio de no discriminación en similares ámbitos al derecho norteamericano (otras causas —orientación sexual—; acoso sexual y acoso causal; modificación de la carga de la prueba...) y se haya detenido precisamente en el mismo punto en que lo ha hecho el derecho norteamericano, que también es recio a admitir que la discriminación por conciliación de responsabilidades constituye discriminación por razón de sexo (al menos hasta ahora).

Pero en este ámbito la Ley 3/2007 ha operado una regulación más comprometida que la normativa comunitaria y la norteamericana. Y ello no se deduce de su art. 8 (cuyo alcance se mueve estrictamente en la esfera reducida de la transposición comunitaria), sino más adecuadamente de otros preceptos relacionados con el derecho a la conciliación de responsabilidades, como el art. 34.8 ET (DA 11 Ley 3/2007), en el que se establece que el trabajador (independientemente de su género) tendrá derecho a adaptar su jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación; o el propio art. 55 del ET que, ya en regulaciones anteriores, estableció la nulidad del despido (independientemente del género) que se pro-

⁹⁴ Asunto Dekker, cit supra.

⁹⁵ STJCE 4-10-2001, C-438/99 y C-109/00.

⁹⁶ STJCE 18-3-2004, C-342/01.

⁹⁷ STJCE 8-6-2004, C-220/02. Consideró el TJCE que no constituía discriminación, siquiera indirecta, que no se computara el tiempo de antigüedad por cuidado de hijos aunque sí el tiempo dedicado al servicio militar, aunque éste era de desempeño exclusivo masculino.



dujera en personas que se encontraran ejercitando su derecho a la conciliación por medio del disfrute de alguno de los beneficios contemplados en la normativa española. Así pues, aunque la reforma operada por la Ley 3/2007 en el ámbito de la conciliación de responsabilidades se haya desarrollado del modo contenido y puntual que ha caracterizado las reformas de estas materias en años anteriores, en el plano conceptual ha operado una alteración de mayor intensidad puesto que implícitamente ha servido para incorporar la conciliación de responsabilidades a las causas de discriminación prohibidas conforme al art. 14 de la Constitución. Esta alteración operada por la ley 3/2007 no sirve solo para ampliar el ámbito de la cobertura antidiscriminatoria por género dispensada por la normativa comunitaria, dado que estadísticamente, son mayoría las mujeres que dedican su tiempo a estas actividades. Sirve también para neutralizar la atribución de responsabilidades familiares y para despegarlas siquiera teóricamente de la condición femenina. Desde esta perspectiva, el alcance conceptual de la ley 3/2007 en materia de conciliación de responsabilidades adquiere una entidad considerable.