

cias entre parejas de hecho heterosexuales y matrimonios con parejas homosexuales a la hora de la percepción de prestaciones de la Seguridad Social, como establece el artículo 3.3 de la presente directiva, al regular que "la presente directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social".

4. CONCLUSIONES

La importancia que la protección contra discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral tienen esta directiva para el colectivo homosexual es indudable. Y no sólo por las consecuencias particulares que para los homosexuales, en el mundo del trabajo, vaya a tener, sino también por la relevancia social que la asunción del derecho a no ser discriminado por orientación sexual tiene. Se trata además de una medida comunitaria, de aplicación en toda Europa, que se va a ver beneficiada de ese halo reverencial que todo lo comunitario tiene, al menos en España. Y resulta paradójico, sin embargo, que sea precisamente en la esfera comunitaria, donde se discute aún acerca del lugar de los derechos humanos en el ordenamiento comunitario, donde se haya producido un reconocimiento más claro del derecho a ser homosexual, y donde se hayan dado los instrumentos necesarios para luchar contra la discriminación por orientación sexual de un modo más directo. Tal vez la permeabilidad de las instituciones comunitarias a la presión de los lobbies es lo que ha permitido que la acción de las asociaciones de gays y lesbianas haya dado como resultado el nivel de reconocimiento y protección que el colectivo homosexual empieza a disfrutar. Solo cabe añadir que si bien lo conseguido es mucho, también en mucho lo que queda por conseguir, pero en cualquier caso parece que el Derecho Comunitario, con todos sus inconvenientes, ha abierto un camino esperanzador para poder ser homosexual de pleno derecho en Europa.

dignity shall be inviolable: the human rights of Lesbians and Gay men in the European Community legal order", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol III, libro 2, 1994, pg.237.

LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA DIRECTIVA 76/201: EVOLUCIÓN Y ADAPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO

AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

EXTRACTO

Aunque ya son antiguos los intentos por reformar la Directiva 76/207, una serie de circunstancias concurrentes en la actualidad vaticinan que la propuesta de reforma objeto del actual comentario será objeto de aprobación: de un lado, el Tratado de Amsterdam ha incorporado al derecho originario de la Comunidad un concepto omnicompreensivo del principio de no discriminación que ha dado lugar a las Directivas "gemelas" 2000/43 y 2000/78, cuyo contenido hace parecer desfasado al de la Directiva 76/207; de otro lado, la voluminosa doctrina del TJCE aplicando esta Directiva ha interpretado extensivamente algunos de sus presupuestos hasta el punto de que resultaba necesaria una recreación normativa que los incorporara. Así las cosas, la propuesta de Directiva acomete concepciones y regulaciones nuevas en relación con la discriminación indirecta, la acción afirmativa, la protección de la maternidad, el acoso sexual, las profesiones de las que son excluidas las mujeres o los mecanismos de protección y sanción frente a la discriminación. Al análisis de estos temas se dedica el presente comentario.

ÍNDICE

1. Cronología y contexto de la Directiva 76/207
2. Concepto y ámbito de la discriminación por razón de sexo: 2.1. La discriminación indirecta; 2.2. Las profesiones excluidas; 2.3. El acoso sexual
3. La acción afirmativa
4. La protección de la maternidad en la Directiva 76/207
5. La defensa frente a la discriminación

1. CRONOLOGÍA Y CONTEXTO DE LA DIRECTIVA 76/207

La Directiva 76/207 supuso en su momento un importante cambio de posicionamiento de las instituciones comunitarias frente al fenómeno de la discriminación laboral por razón de sexo: así, si bien la redacción originaria del, entonces, art. 119 del Tratado de Roma centraba la cuestión en la evitación del "dumping social" interestatal susceptible de concurrir cuando existían normas internas garantizadoras de la igualdad retributiva por razón de sexo¹, la Directiva 76/207 supuso la ampliación del ámbito de la protección comunitaria frente a este tipo de discriminación. Su propio título evidencia este cambio de perspectiva, al hacer referencia 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". La expansión aplicativa del principio antidiscriminatorio superaba así los estrictos parámetros retributivos que habían informado su incorporación al art. 119 del Tratado de Roma y la formulación de la anterior Directiva 75/117.

Con todo, a la Directiva de 1975 se debió la ampliación de la igualdad retributiva a un trabajo "de igual valor", lo cual sirvió de punto de referencia para la mención a la discriminación indirecta que apareció definitivamente (aun sin definir) en la Directiva 76/207, pero su virtualidad seguía limitada a la vertiente retributiva. Progresivamente las instituciones fueron ampliando el concepto de discriminación relevante. Así, en el programa de acción social elaborado por el Consejo de Ministros el 21 de Enero de 1974 se hacía referencia a objetivos igualatorios en el empleo de hombres y mujeres que excedían de los fines exclusivos de igualación retributiva² y que terminaron por configurar el ámbito aplicativo de la Directiva 76/207.

¹ Recuérdese que la propia existencia de este art. 119 del Tratado de Roma se debió a la insistencia francesa, que contaba con una normativa antidiscriminatoria por razón de sexo. Al respecto, por todos, COLINA, RAMÍREZ Y SALA, *Derecho social comunitario*, Valencia, 1995, pág. 241.

² El Consejo requería "emprender acciones a fin de asegurar la igualdad de los hombres y de las mujeres en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las remuneraciones..., esforzarse asimismo en conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con sus aspiraciones profesionales".

Durante los años siguientes y hasta la alteración del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea producido con la aprobación del Tratado de Amsterdam, la sucesiva aprobación de Directivas comunitarias antidiscriminatorias ha continuado incorporando vertientes temáticas nuevas: La Directiva 79/7 refirió la igualdad a la seguridad social; la Directiva 86/378 (complementada por la Directiva 96/97³), a los regímenes profesionales de la seguridad social; la Directiva 86/613 trató la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres desde la perspectiva de los que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas y también con referencia a la maternidad; la Directiva 92/85 hizo referencia a la protección de la maternidad; La Directiva 96/34 a los permisos parentales; la Directiva 97/80 al reparto de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; la Directiva 97/81 al trabajo a tiempo parcial (cuyos presupuestos no discriminatorios reproducen los que formuló la doctrina del TJCE en torno a la discriminación indirecta por razón de sexo que suponía el trato diferenciado a los trabajadores a tiempo parcial —mayoritariamente mujeres— respecto a los trabajadores a tiempo completo); la Directiva 2000/43, configuró el principio de no discriminación por razón de origen racial y étnico; y la Directiva 2000/78 definitivamente generalizó el principio de igualdad al referirlo al empleo y la ocupación "por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato" (art. 1).

A su vez, la superación de la vertiente estrictamente económica ha ido pareja al progresivo acrecimiento de la vertiente social en la esfera comunitaria, así como a los sucesivos intentos por normativizar los derechos fundamentales. De un lado, ya en la década de los 70 el propio TJCE descubrió la finalidad social junto a la estricta finalidad económica del, entonces, art. 119 del Tratado de Roma⁴. Más adelante, la Carta Europea de derechos sociales fundamentales de los trabajadores puso especial énfasis en la eliminación de la discriminación en cualquiera de sus formas, particularmente de aquellas fundadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias⁵. Con todo, la nueva era de la política antidiscriminatoria, incorporada al derecho originario de la Unión (art. 13

³ Que sirvió para que se ampliara el ámbito del principio de no discriminación retributiva a los regímenes profesionales de la seguridad social, eliminando ciertas excepciones que a partir de ese momento quedaron tan solo limitadas al ámbito de la Directiva 79/7 sobre seguridad social. La ampliación del ámbito de aquella directiva fue consecuencia de la sentencia dictada en el Asunto Barber, sentencia de 17 de Mayo de 1990, C-262/88, que aplicó un concepto amplio de retribución que abarcaba incluso los regímenes profesionales de seguridad social cuando no dependieran de financiación estatal.

⁴ Por todas, Asunto Defrenne II c. Sabena, sentencia de 8 de Abril de 1976, C-43/75.

⁵ El elemento social de la discriminación quedaba expresamente mencionado en el Considerando octavo de la Carta, que advertía sobre la necesidad de luchar contra la "exclusión social" bajo un espíritu de solidaridad.

del Tratado de la Comunidad Europea según redacción dada por el tratado de Amsterdam⁶), enmarcada en una Carta de derechos fundamentales (aprobada por el Tratado de Niza en Diciembre de 2000) y articulada por Directivas específicas (Directiva 2000/43 y 2000/78) no surgió hasta muy recientemente. En este contexto se enmarca forzosamente el proyecto de reforma de la Directiva 76/207: paradójicamente, así como en la década de los 70 fue pionera en la extensión aplicativa comunitaria del principio de no discriminación, en el siglo XXI sus tan demandadas reformas han quedado pospuestas a las mencionadas directivas antidiscriminatorias que no solo han incorporado ámbitos nuevos (incluso relativamente genéricos), sino que lo han hecho con una amplitud mucho mayor que la de 1976. Debe asimismo destacarse que, aunque el ámbito de las directivas parece superponerse, sobre todo por el generoso ámbito que se atribuye la Directiva 2000/78 (empleo y ocupación), las dos directivas del 2000 y la propuesta objeto del actual comentario abarcan supuestos diferentes: adviértase en tal sentido que ninguna de las dos aprobadas hacen referencia a la discriminación por razón de sexo. Ni siquiera la mención que la Directiva 78 hace a la orientación sexual puede conducir a tal conclusión puesto que, tal y como ha señalado el TJCE, la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo no resulta aplicable a eventuales discriminaciones por tal causa⁷.

Sin duda la acomodación a este nuevo momento de la política antidiscriminatoria comunitaria ha conducido a que la aprobación final de la reforma de la Directiva 76/207 se encuentre actualmente más cerca que nunca. Igualmente relevantes han resultado en tal sentido las insuficiencias de un texto superado más que sobradamente no solo por la doctrina del TJCE sino también por la evolución de la propia política social comunitaria, que ha añadido nuevos ámbitos y conceptos. Sirva como ejemplo de la superación jurisprudencial comunitaria la doctrina sobre la acción afirmativa (Asuntos Kalanke, Marschall y otros) finalmente incorporada al art. 141.4 del TCE; y como ejemplo de la incorporación de nuevos conceptos a la política antidiscriminatoria la toma de postura de las instituciones comunitarias frente al acoso sexual, que limitado a sus ámbitos propios ha terminado también por formar parte de las Directivas 2000/43 y 2000/78. Estos y otros aspectos forman parte de la reforma que se pretende de la Directiva 76/207, cuyo mecanismo de aprobación se encuentra considerablemente simplificado tras el Tratado de Amsterdam por el procedimiento de aprobación normativa previsto en el art. 141.3 TCE (por remisión al art. 251 TCE que a su vez establece mayoría cualificada y codecisión parla-

⁶ Art. 13 TCE: "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias 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 o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

⁷ Por todos, asunto Grant, sentencia de 17 de Febrero de 1998, C- 249/96.

mentaria). A su análisis se dedican las páginas que siguen. En el primero de los apartados se tratará el tema del ámbito de la discriminación y en los dos siguientes se describirá el alcance de las dos excepciones actualmente aplicables al principio de igualdad de trato que informa el articulado de la Directiva la acción afirmativa y la protección de la maternidad. Queda para el final el análisis de los mecanismos para la defensa individual y colectiva de las víctimas de discriminación.

2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El actual art. 141.3 TCE⁸ describe la postura de la Unión Europea frente a la discriminación laboral por razón de sexo al incorporar el principio de igualdad de oportunidades limitándolo a los asuntos de empleo y ocupación⁹. Estas materias también limitan la Directiva 2000/78¹⁰ pero no así la 2000/43 que surgió con un ámbito subjetivo más restringido (el origen racial o étnico) si bien con un ámbito material generalizado a cualquier condición, trato o conducta (incluso no relacionado con la temática laboral). La propuesta de reforma se mantiene en la misma dimensión limitativa al no plantearse en la misma la alteración de su título que sigue refiriéndose 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". El principio de igualdad sin discriminación por razón de sexo generalizado a cualquier vertiente de la vida, queda tan solo formulado en el art. 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Tratado de Niza, Diciembre del 2000) de la siguiente manera: "La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor de sexo menos representado". Con todo, esta Carta de los derechos fundamentales:

⁸ Art. 141.3 TCE: "El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor".

⁹ Durante la Conferencia que precedió a la aprobación del tratado de Amsterdam España presentó una propuesta, que no prosperó, para que el principio de igualdad de trato de art. 141 TCE se generalizara a todos los aspectos de la relación laboral, sin quedar condicionada por el empleo y la ocupación. Un comentario del proceso de aprobación del art. 141 del TCE por GOMIS, *La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam* Madrid, 1999, pág. 74 ss.

¹⁰ Relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

tiene una simple virtualidad de reconocimiento de los principios motrices de la Unión Europea sin que sus contenidos alcancen, pese a la eficacia que pudieran tener como síntesis de los principios aplicables por el TJCE, el rango de norma comunitaria. A lo sumo podría desgajarse la formulación de un principio de ámbito más amplio del art. 3.2 TCE en el que se establece que "En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad", si bien lo pretendido por esta norma no sea tanto la generalización del contenido del principio como la incorporación al derecho originario de la Unión del concepto de "mainstreaming" o transversalidad¹¹, entendido como el compromiso de las instituciones comunitarias de tener en cuenta las repercusiones en el objetivo igualitario por razón de sexo de cualquiera de las medidas o políticas que adopte.

El ámbito material de la Directiva 76/207 queda así diferenciado del de la Directiva 75/117¹² (sobre igualdad retributiva) y del de la Directiva 86/378 (sobre igualdad en el ámbito de la seguridad social) si bien las notables excepciones que esta última admite han conducido a que el TJCE se plantee en ocasiones la aplicación de la Directiva 76/207 a tratos diferenciados en materia de protección social que no admitirían la aplicación de la Directiva del 86. Así por ejemplo, en el asunto Meyers¹³ el Tribunal comunitario consideró contrario a la Directiva 76/207 el establecimiento de una ayuda familiar complementaria no aplicable a las unidades familiares monoparentales, por entender que la medida constituía discriminación indirecta por razón de sexo al estar este tipo de unidades familiares mayoritariamente integrado por mujeres.

2.1. La discriminación indirecta

La primera definición normativa de la discriminación indirecta por razón de sexo aparece en el art. 2.2 de la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo del siguiente modo: "A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo". Antes de ese momento el art. 2.1 de la Directiva 76/207¹⁴ había ya contemplado la ilicitud de las conductas discrimi-

¹¹ Que formaba parte del IV plan de acción para la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres (1996-2000).

¹² Pese a que el art. 141.3 TCE incluye dentro del principio de igualdad de oportunidades el de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

¹³ Sentencia de 13 de Julio de 1995, C-116/94.

¹⁴ También otras Directivas penalizaban, sin describirla, la discriminación indirecta por razón de sexo. Así, el art. 4 de la Dir. 79/7; o el art. 5 de la Dir. 86/378.

minatorias indirectas por razón de sexo, aunque sin proceder a su formulación expresa¹⁵.

Por su parte, la Directiva 75/117 en materia de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por trabajos de igual valor no recogía expresamente ni el concepto, y ni siquiera el término, discriminación indirecta, pero sí que dio lugar a una numerosa doctrina del Tribunal de Justicia comunitaria en torno al mismo. Y ello fundamentalmente porque la aplicación del principio de igualdad retributiva a trabajos de igual valor (y no meramente iguales) sirvió como fundamento para referir la igualdad retributiva a diferentes clasificaciones profesionales, que sí se encontraba expresamente referida como eventual causa discriminatoria en el art. 1 de la Directiva 75/117¹⁶ (cuando las ocupadas mayoritariamente por mujeres percibían menor retribución que las ocupadas mayoritariamente por hombres); así como para favorecer la igualdad retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial (siendo los sujetos que integran esta última modalidad contractual mayoritariamente mujeres).

Más recientemente, las referencias normativas a la discriminación indirecta han tenido manifestaciones numerosas y diversas: de un lado, la redacción del art. 141 TCE según el Tratado de Amsterdam ha permitido integrar en el derecho originario de la Unión el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, si bien sigue sin contener referencia alguna al término discriminación indirecta. Hasta dos veces reitera el art. 141 TCE aquel principio: la primera en su apartado primero, al delimitar el ámbito de la igualdad retributiva al trabajo igual o de igual valor; la segunda, en su apartado tercero, estableciendo que la igualdad retributiva para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor forma parte del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato, si bien en este segundo caso la referencia se realiza para determinar el procedimiento de desarrollo legislativo comunitario aplicable a todas estas materias (mayoría cualificada y codecisión parlamentaria del art. 251 TCE). De otro lado, las Directivas antidiscriminatorias 2000/43¹⁷ y 2000/78¹⁸ contienen descripciones puntuales del concepto, como también lo hace la propuesta de modificación de la Directiva 76/207¹⁹.

¹⁵ Art. 2.1 Dir. 76/207: "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".

¹⁶ Art. 1, segundo párrafo: "En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo".

¹⁷ El art. 3.2.b Dir. 2000/43 establece: "existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios".

¹⁸ En su art. 2.2.b, con una redacción similar a la reproducida en la nota anterior.

¹⁹ Cuyo art. 2.1 añadiría el siguiente párrafo: "Habrà discriminación indirecta, en e sentido del primer guión, cuando una disposición, un criterio o una práctica aparente-

De toda esta profusión normativa y de la cuantiosa doctrina judicial comunitaria sobre la materia²⁰ es posible destacar los siguientes aspectos en la delimitación del concepto de discriminación indirecta: (i) la constatación de su existencia se realiza conforme a parámetros estadísticos (si queda afectado un mayor número de mujeres que de hombres; o de integrantes de determinada etnia, religión, etc.); (ii) no concurre tal discriminación indirecta cuando la medida resulta justificada tanto en sus objetivos como en la proporcionalidad de sus medios²¹. Así pues, ambos elementos permiten diferenciar la discriminación directa de la indirecta hasta el punto de que si la naturaleza de la conducta discriminatoria es directa no cabrá ningún tipo de justificación que permita escapar a la aplicación de las correspondientes consecuencias. Sirva para ilustrar este extremo lo establecido por el TJCE en el asunto Dekker²², en el que se calificó de discriminación directa por razón de sexo la falta de contratación de una trabajadora que se encontraba en situación de embarazo. No se consideró relevante para enervar la existencia de discriminación la especial onerosidad que suponía para el empresario la contratación de una mujer en tales circunstancias, dado que el ordenamiento en el que se desarrollaba la prestación de servicios le obligaba a abonar el importe de la licencia retribuida cuando, como era el caso, no se había alcanzado la carencia mínima por parte de la trabajadora. Así pues, ni dicha onerosidad ni el hecho de que la empresa procedió a contratar a otra mujer sirvieron para justificar la conducta discriminatoria puesto que, tal y como constató el TJCE, la contratación se hubiera producido sin lugar a dudas de no haber concurrido en la persona de la candidata la condición de mujer.

En aplicación del principio de igualdad retributiva han sido muy numerosas las sentencias del TJCE que hasta la fecha han aplicado, definido e interpretado el concepto de discriminación indirecta, básicamente para aplicar la igualdad retributiva en el caso de clasificaciones profesionales segregadas²³: (i) En el asunto Rummler Dato²⁴ se reconoció la validez del criterio del mayor esfuerzo

mente neutros puedan tener efectos negativos para una proporción sensiblemente mayor de los miembros de un sexo, a menos que sean apropiados y necesarios y estén objetivamente justificados por factores no relacionados con el sexo".

²⁰ Que no surgió inicialmente para ampliar el concepto de discriminación por razón de sexo, sino para delimitar el de discriminación por razón de la nacionalidad. Véase al respecto, la sentencia dictada en el asunto Sotgiu, sentencia de 12 de Febrero de 1974, C- 152/73.

²¹ Sobre este punto, por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", *RL*, 1, 1991, pág. 3.

²² Sentencia de 8 de Noviembre de 1990, C- 177/88.

²³ Varios pronunciamientos institucionales comunitarios han perseguido el mismo objetivo, introduciendo pautas para la identificación de discriminaciones indirectas retributivas. Destacan entre ellos el memorandum de la Comisión sobre igual retribución para un trabajo de igual valor (de 23 de Junio de 1994, COM (94) 6 final); y el código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor (COM (96) 336 final).

²⁴ Sentencia de 1 de Julio de 1986, C-237/85.

físico requerido por un trabajo para justificar la retribución a él aparejada. Con todo, y puesto que tal clasificación quedaba compuesta mayoritariamente por hombres, el TJCE matizó que, para evitar que fuera constitutivo de discriminación indirecta retributiva resultaba necesario, no solo que la concurrencia de aquellos condicionantes laborales fueran reales, sino también que fueran objeto de similar valoración económica las condiciones requeridas por las clasificaciones profesionales ocupadas mayoritariamente por mujeres; (ii) En el asunto Danfoss²⁵, el TJCE valoró determinados elementos concurrentes en ciertas clasificaciones profesionales para determinar si su consideración en materia retributiva tenía componente discriminatorio indirecto. Así, el sentido de la responsabilidad no puede justificar una diferencia retributiva desfavorable a las categorías de composición mayoritaria femenina; pero sí pueden hacerlo la antigüedad, la flexibilidad horaria (solo si tiene justificación objetiva en el desarrollo del trabajo) y la titulación o requisitos formativos (solo si son relevantes para el desarrollo de la ocupación)²⁶; (iii) En el asunto Enderby²⁷, el Tribunal comunitario señaló que la discriminación indirecta puede concurrir aun cuando se contenga en diferentes convenios colectivos negociados con el mismo empresario, si bien la veracidad de las "razones de mercado" que justificarían retribuciones mayores para aquellos colectivos con mayor fuerza negociadora debe ser constatada por el juez interno; (iv) En el asunto Mutualidad del seguro de enfermedad de Viena²⁸ aplicó el Tribunal comunitario, pese a la amplitud de la doctrina previa, una interpretación más restrictiva del concepto de igual valor laboral, al justificar en la diferente formación previa la también diferente retribución que percibían los médicos especialistas en psicoterapia (mayoritariamente hombres) y los psicólogos (mayoritariamente mujeres) pese a que realizaban casi idénticas tareas.

El otro bloque de materias en el que se ha vertido la interpretación comunitaria del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo guarda relación con el diferente trato otorgado, en su vertiente retributiva o en cualquier otra, a los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres) respecto de los trabajadores a tiempo completo. También como en el bloque de sentencias que se acaban de sintetizar en el párrafo anterior la tendencia general parece ser aperturista²⁹, si bien se aprecia un retroceso puntual a mediados de la década de

²⁵ Sentencia de 17 de Octubre de 1989, C- 109/88.

²⁶ También en el asunto Bilka el TJCE entró a conocer del alcance de estos criterios justificativos de la retribución que podían tener un efecto más negativo en las clasificaciones feminizadas (Sentencia de 13 de Mayo de 1986, C- 170/84). Para un comentario conjunto de ambos pronunciamientos, RUBINSTEIN, *Teorie sulla discriminazione, Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1990, pág. 92 ss.

²⁷ Sentencia de 27 de Octubre de 1993, C-102/92.

²⁸ Sentencia de 11 de Mayo de 1999, C- 309/97.

²⁹ En el asunto Jenkins, sentencia de 31 de Marzo de 1981, C- 96/80, se consideró que constituía discriminación indirecta la retribución por hora inferior para los trabajadores a tiempo parcial respecto a los a tiempo completo; y en el asunto Rinner Khun, sentencia de 13 de Julio de 1989, C- 171/88 también se calificó del mismo modo que las mejoras de seguridad social establecidas para asegurar la percepción de la totalidad del salario

los 90³⁰ que ha ido seguido de pronunciamientos de retorno³¹ a las tesis más generosas de los años precedentes. La doctrina judicial en torno a este tema ha resultado particularmente importante porque ha generado la reforma normativa que desembocó en la aprobación de la Directiva comunitaria sobre trabajo a tiempo parcial 97/81: el presupuesto de la igualdad de trato entre ambos colectivos como presupuesto para la erradicación de la discriminación indirecta por razón de sexo se constituyó en el contenido esencial de dicha directiva. Asimismo, su aprobación simultánea a la Directiva 97/80 sobre la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo evidencia su contenido antidiscriminatorio, pese a la formulación neutra de sus preceptos.

Definitivamente pues, la toma de postura de las instituciones comunitarias frente a la discriminación indirecta ha resultado ciertamente comprometedora: una vez mencionado en las primeras normas antidiscriminatorias así como desarrollado profusa y generosamente por el TJCE en sus aspectos más puntuales solo faltaba su formulación normativa, que se produjo finalmente en la Directiva 97/80 sobre la carga de la prueba en los procesos por discriminación por razón de sexo. Así las cosas, la existencia de otra conceptualización casi idéntica en la Directiva 76/207 tal y como se propone en el proyecto de reforma de la misma, resulta al menos confusa, sobre todo porque el ámbito aplicativo del concepto en la Directiva de 1997 resulta mucho más general que el que tendría de incorporarse a la Directiva 76/207. Recuérdese en tal sentido que su título sigue limitándose básicamente al empleo, la ocupación y las formaciones que a ellos conducen y que otros aspectos puntuales siguen siendo objeto de tratamiento en otras normas (por poner un ejemplo, baste la propia existencia de la Directiva 75/117 prohibitiva de la discriminación retributiva).

durante la situación de incapacidad temporal tan solo se limitara a los trabajadores a tiempo completo.

³⁰ En el asunto Helmig, Sentencia de 15 de Diciembre de 1994, acumulados C- 399/92, 409 y 425/92 y 78/93, el TJCE consideró que no constituía discriminación indirecta el hecho de que la consideración acerca de la existencia de horas extra se limitara a las que se realizaban por encima de la jornada ordinaria (y no la pactada, que en el caso de los trabajadores a tiempo parcial era inferior); Asimismo, en el asunto Megner Sheffel y Nolte, sentencias ambas de 14 de Diciembre de 1995, C- 444/93 y C-317/93, se consideró que las menores garantías laborales establecidas para los trabajadores marginales (los que realizaban jornadas a tiempo parcial particularmente reducidas) se acomodaba al derecho comunitario porque formaba parte de las políticas de empleo cuya competencia resultaba atribuida exclusivamente a los países miembros.

³¹ En el asunto Lewark y Speckman, sentencias de 6 de Febrero de 1996, C- 457/93, de 7 de Marzo de 1996, C- 278/93, se calificó por el TJCE como constitutivo de discriminación indirecta la concesión de permisos retribuidos para la asistencia a cursos retribuidos de formación sindical tan solo cuando estos coincidían con la jornada de trabajo, puesto que en el caso de los trabajadores a tiempo parcial la posibilidad de realizar tales cursos fuera de la jornada laboral implicaba que los permisos nunca se percibían por lo trabajadores bajo esta modalidad contractual.

2.2. Las profesiones excluidas

La propuesta de reforma de la Directiva 76/207 establece una redacción alternativa de su art. 2.2³² para que contenga mayores garantías y limitaciones de cara a la posible exclusión del principio de igualdad de trato en el acceso al empleo cuando, por su naturaleza, requiera ser desarrollada exclusivamente por hombres o mujeres. La redacción propuesta es la siguiente: " Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de determinadas actividades profesionales o el contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya una cualificación profesional genuina. Las excepciones al principio de igualdad de trato no deberán traspasar los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo propuesto". Varias son las alteraciones objeto de la propuesta: (i) En la redacción original la posibilidad de excluir a determinadas profesiones del principio de igualdad en el acceso se configuraba literalmente como una facultad de los Estados miembros; la redacción propuesta para la reforma evita la utilización de tal término, lo cual, pese al carácter potestativo que sigue constatándose, implica una diferencia importante en la perspectiva; (ii) la propuesta establece que, para que una exclusión prospere será necesario que la característica relacionada con el sexo para la realización de la actividad profesional constituya una cualificación profesional genuina, lo que viene a incorporar el concepto de esencialidad a la exclusión; (iii) finalmente, la propuesta integra la adecuación y necesidad para la consecución del objetivo propuesto, que ya había sido objeto de formulación por parte del TJCE en numerosas sentencias.

La formulación propuesta sirve así teóricamente para incorporar a la normativa comunitaria los condicionantes que el TJCE había establecido desde antiguo para justificar la exclusión femenina para el acceso a determinadas profesiones. Con todo, y pese a la introducción de estos presupuestos aplicativos, el TJCE en la práctica ha admitido muy generosamente la exclusión por parte de los Estados miembros, sobre todo cuando la actividad de referencia guardaba relación con la seguridad pública: (i) En el asunto Johnston³³, después de enunciar por primera vez aquellos presupuestos de adecuación, necesidad y proporcionalidad para la consecución de seguridad pública perseguido (se trataba de una actividad que implicaba portar armas de fuego en un momento y lugar particularmente conflictivo, como era el Ulster), el TJCE consideró que la exclusión resultaba justificada básicamente por la especial alarma social que,

³² Actualmente con la siguiente redacción: "La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio".

³³ Sentencia de 15-5-86, C-224/84.

como alegaba el Reino Unido, hubiera generado el fallecimiento en tales circunstancias de agentes femeninas. Así las cosas, el aparentemente sólido entramado causal y proporcional que elaboró el Tribunal en sus fundamentos de derecho se desmonta apenas con el roce que supuso a sus planteamientos la alegación británica de alarma social; (ii) También en el asunto Sirdar³⁴ se concluyó en la validez de la exclusión, después de reiterar los mismos presupuestos que ya se enunciaron en el asunto Jhonston. Se trataba en este caso del acceso a un puesto como cocinera dentro de los Royal Marines británicos, unas unidades de combate de dimensiones reducidas en las que sus integrantes debían llevar a cabo funciones intercambiables y no específicas (de hecho a los contratados como cocineros se les exigía la superación de ciertos cursos de capacitación para actuación en el frente de tales unidades de combate). (iii) El tercero de los asuntos paradigmáticos dio lugar a la sentencia dictada en el asunto Kreil³⁵. En este caso el TJCE consideró que sí resultaba contrario a la Directiva comunitaria que se prohibiera genéricamente el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, a excepción de las unidades de asistencia sanitaria y las formaciones de música militar. El argumento básico que condujo a este pronunciamiento de diferente signo que los anteriores fue el carácter general y no específico de la prohibición, lo cual difícilmente resultaba coherente con la necesidad y adecuación de las medidas prohibitivas a efectos de la consecución del objetivo de seguridad pública: así como en los supuestos anteriores las exclusiones hacían referencia a cuerpos concretos en cuya actuación concurrían circunstancias que los Estados vinculaban a la seguridad pública para aplicar las exclusiones femeninas, en el asunto Kreil el carácter específico de la prohibición desaparece.

A la vista de lo expuesto podría decirse, pues, que la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 en lo que hace referencia a las competencias estatales para la exclusión profesional de las mujeres de ciertas profesiones en las que el sexo constituya condición determinante tiene una doble virtualidad: de un lado, incorpora los criterios para la validez de tales exclusiones enunciados teóricamente por el TJCE; pero, de otro lado, y sobre todo, parece incorporar limitaciones más enérgicas a las competencias estatales sobre la materia, por ejemplo al establecer que la característica en cuestión debe constituir una "cualificación profesional genuina". Esta por ver si, de aprobarse esta reforma de la Directiva 76/207, esta matización respecto al alcance de las exclusiones será susceptible de invertir la complaciente doctrina del TJCE, condicionada sin duda por aquel concepto de seguridad pública que forma parte de la competencia exclusiva de los Estados miembros.

³⁴ Sentencia de 26-19-99, C- 273/97.

³⁵ Sentencia de 11 de Enero de 2000, C- 285/98.

2.3. El acoso sexual

También la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 incide sobre la temática del acoso sexual al incorporar, como lo han hecho las Directivas 2000/43³⁶ y 2000/78³⁷, el concepto del mismo con la siguiente redacción: "acoso sexual se considerará discriminación por motivos de sexo en el lugar de trabajo cuando se produzca un comportamiento no deseado relativo al sexo del propósito o el efecto de afectar a la dignidad de una persona o de crear un entorno intimidatorio, hostil, ofensivo o molesto, especialmente si el propósito de tal comportamiento, o su aceptación, se utiliza como base para una decisión que la afecte". La incorporación a la Directiva del concepto de acoso sexual supondrá así, de aprobarse finalmente, la normativización del acoso como conducta discriminatoria que, hasta la fecha, había sido objeto de un gran interés por parte de las instituciones comunitarias³⁸ pero sin que el mismo hubiera fructificado en texto normativo alguno³⁹.

³⁶ Art. 2.3 Directiva 2000/43: "El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro".

³⁷ Art. 2.3 Directiva 2000/78: "El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro".

³⁸ Baste mencionar al respecto algunos de los múltiples pronunciamientos institucionales comunitarios sobre la materia: En 1986 el Parlamento Europeo, por Resolución de 15 de Julio, realizó un llamamiento a los estados miembros para que definieran jurídicamente el acoso sexual y establecieran mecanismos efectivos para su represión; En el año 1991 la Comisión encargó un informe especializado que dio lugar al conocido como Informe Rubinstein, primero en el que se analiza la entidad del fenómeno, su tipificación y los mecanismos más adecuados para eliminarlo y reprimirlo; De fecha 27 de Noviembre de 1991 se adoptó el código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo (elaborado por Recomendación de la Comisión). En 1999 se presentó un nuevo estudio sobre la situación en los Estados miembros que recogía una sinopsis de todos los proyectos de legislación realizados sobre la materia entre 1987 y 1997 (74 encuestas y estudios cualitativos).

³⁹ En el IV programa comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000) se señalaba (punto 5.3): "La Comisión hará una propuesta para que se elabore un instrumento comunitario vinculante sobre el acoso sexual en el lugar de trabajo. En el contexto del diálogo social europeo se invitará a los interlocutores sociales a estudiar qué papel pueden desempeñar en la elaboración de dicho instrumento, que estará basado en la Recomendación sobre protección de la dignidad de 1991, especialmente por lo que respecta a la adopción de procedimientos adecuados en el lugar de trabajo con objeto de abordar de forma eficaz los incidentes de acoso sexual".

Con todas las cautelas a las que obliga el manejo para este comentario de un texto que todavía no constituye norma comunitaria podría decirse que la conceptualización normativa comunitaria del acoso sexual en la reformada Directiva 76/207 constaría de las siguientes notas: (i) el acoso sexual constituye conducta discriminatoria por razón de sexo, independientemente de que también implica atentado a la dignidad de las personas. Aunque el componente discriminatorio aparece también en la conceptualización de las Directivas 2000/43 y 2000/78, en el caso de la propuesta de directiva la referencia al carácter discriminatorio por razón de sexo del acoso sexual permite enlazar sus características y consecuencias con la numerosa y elaborada doctrina normativa y jurisprudencial sobre la materia, lo cual obligará a una serie de correcciones puntuales que, aún sin una formulación en firme, es posible anticipar. Por ejemplo, ¿cómo jugaría el principio de reparto de la carga de la prueba tal y como se define en la Directiva 97/80 para los supuestos de alegada discriminación por razón de sexo cuando el acoso sexual se plantea ante la jurisdicción penal (o incluso administrativa) dada la presunción de inocencia que rige al respecto en la mayoría de los ordenamientos?; (ii) la detección de la existencia de acoso sexual se realiza conforme a parámetros subjetivos (el comportamiento "no deseado" relativo al sexo) lo que obliga a tener en cuenta el cumulo de circunstancias personales y sociales concurrentes, partiendo a su vez del presupuesto de que idénticas conductas pueden o no constituir acoso sexual dependiendo de la postura que el sujeto receptor de las mismas adopte frente a ellas. También el mismo parámetro subjetivo sirve para definir la conducta constitutiva de acoso sexual en las otras Directivas antidiscriminatorias del 2000; (iii) Queda comprendido tanto el acoso sexual de intercambio (en el que el sexo es solicitado como mecanismo para la evitación de represalias o como instrumento para la consecución de beneficios) como el acoso ambiental (el clima intimidatorio, hostil u ofensivo).

Resulta evidente la amplitud con que queda formulada la conceptualización del acoso sexual: ello permite incluir conductas independientemente del sujeto ofensor, de la manifestación concreta (intercambio o ambiental) e incluso de la percepción ofensiva que tuviera aquel (puesto que la perspectiva es la de la víctima). Pero la principal virtualidad de esta redacción es simplemente su existencia, puesto que, de aprobarse, permitirá los pronunciamientos del TJCE acerca de las conductas constitutivas de esta modalidad agravada de discriminación por razón de sexo, supliendo así la apatía normativa sobre la materia de la que adolecen buena parte de los Estados miembros⁴⁰. Asimismo relevante

⁴⁰ Así se destacaba en un estudio encargado a expertos sobre la materia por la Comisión Europea en 1999 para constatar cual era la situación del acoso sexual doce años después del primero de los estudios especializados (Informe Rubinstein). Sus conclusiones se encuentran sintetizadas en la documentación previa a la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 76/207, COM (2000) 334 final, donde puede leerse: "Dicho estudio pretendía presentar una sinopsis de todos los proyectos de investigación al respecto realizados en los Estados miembros entre 1987

resulta el hecho de la formulación de un concepto unificado de acoso sexual que permitirá superar parcialmente las dificultades que plantean las diferencias conceptuales internas en torno a un fenómeno tan difícil de identificar a priori.

3. LA ACCIÓN AFIRMATIVA

El carácter excepcional de las medidas de acción afirmativa resulta lo suficientemente elocuente en la redacción original del art. 2.4 de la Directiva 76/207: "La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1". La tibieza de esta formulación resulta comprensible si se atiende al momento histórico en que se introdujo: la Directiva 76/207 había conseguido superar el ámbito estrictamente retributivo del principio de no discriminación por razón de sexo enunciando por primera vez con carácter normativo el principio de igualdad de oportunidades. En este contexto, resultaba todavía pronto para formular la vertiente activa de esta igualdad de oportunidades, que implicara un compromiso de los Poderes Públicos en corregir las desigualdades fácticas para conseguir la igualdad real. Así se explica que, en esta primera redacción el presupuesto básico de la Directiva 76/207 sea la consecución de la igualdad real y que la desigualdad no sea todavía considerada plenamente como instrumento de la igualdad sino tan solo como excepción a ésta.

Desde ese momento hasta la alteración normativa básica que supuso el párrafo cuarto del art. 141 TCE fueron continuas las referencias institucionales de diferente género que incidieron en la postura comunitaria frente a la acción afirmativa: (i) Desde la década de los 80 numerosos instrumentos no vinculantes patentizaron la actitud favorable comunitaria al establecimiento interno de medidas de acción afirmativa: recomendaciones a los Estados miembros en tal sentido⁴¹, referencias expresas en los sucesivos programas de acción comunitarios para la igualdad de oportunidades⁴², resoluciones específicas dirigidas

y 1997 (74 encuestas y estudios cualitativos). De él pueden extraerse al menos dos conclusiones sorprendentes. La primera de ellas es que no existe una definición universal de lo que constituye acoso sexual, por lo que es más difícil medirlo objetivamente y cuantificarlo. Pese a ello, el porcentaje de trabajadoras a las que les han hecho propuestas sexuales no deseadas (que han vivido alguna forma de acoso sexual) puede estimarse entre el 40% y el 50%. La segunda es el bajísimo nivel de concienciación ante este fenómeno en los Estados miembros, plasmado en la falta de legislación adecuada a respecto en la mayoría de ellos".

⁴¹ Por ejemplo, Recomendaciones del Consejo de 13 de Diciembre de 1984 y de 24 de Noviembre de 1987.

⁴² En el primero, adoptado por Resolución del Consejo de 12 de Julio de 1982 se subrayaba la necesidad de intensificar en momentos de crisis económica las medidas de acción afirmativa. El último de los programas de acción (Decisión del Consejo de 20 de

a la adopción de medidas favorecedoras de la formación⁴³ e incluso las intervenciones financieras del Fondo Social Europeo o las decisiones comunitarias dirigidas a garantizar el equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y grupos de expertos creados por la Comisión⁴⁴ evidencian esta toma de postura; (ii) La intervención del TJCE delimitando el ámbito legítimo desde la perspectiva comunitaria de la acción afirmativa, cuando puede entrar en conflicto con el derecho a la igualdad de trato desde la perspectiva individual (cuestión de las cuotas y eventuales perjuicios a individuos concretos) ha dado lugar a una doctrina de conceptos poco claros, que reproducía en parte el debate social acerca de las cuotas a la contratación como medidas de acción afirmativa más extremas. La comparativa entre las dos sentencias paradigmáticas del TJCE⁴⁵ al respecto puede servir como introducción conceptual:

En el asunto Kalanke⁴⁶ el TJCE consideró contraria a la Directiva 76/207 la existencia de una norma aplicable en un Estado alemán para el acceso al empleo público en la Administración Pública que establecía la prioridad absoluta de la contratación femenina cuando la participación de la mujer fuera inferior al 50% en los casos de igual capacitación. Para la determinación de esta igualdad de capacitación solo se tenían en cuenta las exigencias de la profesión o del puesto de trabajo que debía proveerse. A diferencia del supuesto anterior, en el asunto Marschall⁴⁷ la cuota a la contratación femenina en caso de infra-representación estaba filtrada por una cláusula de cierre que garantizaba la contratación masculina si existían méritos del candidato no preferenciado que inclinaban la balanza a su favor⁴⁸. De este modo supuestamente se evitaba la

Diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres - 2001-2005-) incide en la misma actuación afirmativa de las instituciones comunitarias de una manera incluso más decidida que en los programas anteriores. En uno de sus considerandos previos se establece: "La experiencia de la acción a escala comunitaria ha demostrado que la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres requiere en la práctica una combinación de medidas y, en particular, de legislación y acciones concretas, concebidas para reforzarse mutuamente. La experiencia ha demostrado asimismo que los trabajos de la Comunidad en este ámbito deben proseguir combinando la interpretación de la igualdad de los sexos y las acciones específicas".

⁴³ Por todas, Resolución del Consejo de 3 de Junio de 1985.

⁴⁴ Decisión de la Comisión de 19 de Junio de 2000 relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión.

⁴⁵ Además de las que serán objeto de breve comentario en el siguiente párrafo han surgido con posterioridad más pronunciamientos del TJCE que han utilizado argumentos muy similares a los que se realizaron en el asunto Marschall. Fueron básicamente las sentencias dictadas en los asuntos Abrahamsson (sentencia de 6 de Julio de 2000, C-407/98) y Badek (sentencia de 28 de Febrero de 2000, C-158/97)

⁴⁶ Sentencia de 17 de Octubre de 1995, C-450/93.

⁴⁷ Sentencia de 11 de Noviembre de 1997, C-409/95.

⁴⁸ Un análisis comparativo de las sentencias dictadas en los asuntos Kalanke y Marschall, por todos, por RODRÍGUEZ PIÑERO, "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE", *RL*, tomo 1997- II, pág. 12 ss.

aplicación automática de las cuotas, sin atención a parámetros objetivos de otra naturaleza, que había llevado a que el TJCE en el caso Kalanke hubiera negado la validez comunitaria de aquella cuota. La falta de automaticidad y la valoración de otros criterios relacionados con la capacitación y méritos para el desarrollo del trabajo sirven para delimitar la cuota válida e inválida desde la perspectiva comunitaria, si bien esta solución no queda exenta de problemas cuando se aplica a otras medidas de acción afirmativa que implican preferencias cuasiabsolutas de otra naturaleza (por ejemplo, puntos adicionales en la contratación). Definitivamente, pues, la tenue línea de la automaticidad devolverá la cuestión al análisis particularizado de supuestos.

Con todo, la intervención del TJCE sirvió para clarificar que la acción afirmativa resultaba válida en el ámbito comunitario, tanto cuando incidía en los medios como en los resultados (cuotas)⁴⁹, en este caso siempre y cuando no resultara de aplicación automática. Así es como pasó al art. 141.4 TCE, en el que actualmente puede leerse lo siguiente: "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". Así formulado, el principio de acción afirmativa deja de constituir una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para constituirse en una de las manifestaciones del principio de igualdad de oportunidades, cuya formulación en el actual art. 141 TCE es seguramente uno de sus contenidos más relevantes. La leve corrección terminológica que se produjo entre la redacción que aparecía en el Protocolo al Tratado de Maastricht y la que terminó por aprobarse por medio del Tratado de Amsterdam explica que la línea de la automaticidad sigue diferenciando la legalidad de la ilegalidad comunitaria en materia de cuotas a la contratación femenina: en el protocolo a Maastricht se reconocía la validez de las ventajas destinadas a facilitar el ejercicio de actividades profesionales a la mujer. En el texto aprobado con el Tratado de Amsterdam, las ventajas legítimas son las dirigidas al "sexo menos representado".

Reconocida al más alto nivel normativo la legitimidad comunitaria de las medidas de acción afirmativa, los sucesivos reconocimientos se han producido en los siguientes niveles: (i) en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, su artículo 23 segundo párrafo establece expresamente que "El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado"; (ii) la acción afirmativa se generaliza como mecanismo garante de la igualdad de

⁴⁹ Para un análisis sobre esta tipología de medidas de acción afirmativa, PÉREZ DEL RÍO, "Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva", en *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 33 ss.

oportunidades en los otros contenidos del principio de no discriminación configurados tras el Tratado de Amsterdam. Así quedan formulados tanto en el art. 7 de la Directiva 2000/78⁵⁰ como en el art. 5 de la Directiva 2000/43⁵¹ (copiar).

Con estos antecedentes, resultaba inevitable la reformulación normativa de lo establecido en el art. 2.4 de la Directiva 76/207 que, en la propuesta de reforma objeto del actual comentario, llega a sustituir el limitado y excepcional reconocimiento de la versión original por una redacción que tan solo establece la elaboración de un informe trianual comparativo sobre las medidas de acción positiva adoptadas por los Estados miembros⁵². Esta intervención investigadora de la Comisión tiene una doble lectura: de un lado, asegura el conocimiento y control institucional comunitario de las medidas que sobrepasen la tenue línea entre la acción positiva legítima y las que entran en el espacio ilegítimo de la discriminación inversa, tal y como ha sido enunciado en la doctrina jurisprudencial del TJCE; de otro lado, deja entrever que la acción positiva no solo es tolerada sino incluso fomentada desde las instituciones comunitarias e instrumentalizada como mecanismo para la consecución de un objetivo comunitario (la igualdad de oportunidades).

4. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA DIRECTIVA 76/207

La normativa protectora de la mujer aparece como posible excepción al principio general de igualdad de trato en el art. 2.3 de la Directiva 76/207: "La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad". En la

⁵⁰ Art. 7 Dir. 2000/78: "Acción positiva y medidas específicas. 1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1. 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral".

⁵¹ Art. 5 Dir. 2000/43: "Acción positiva. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto".

⁵² El art. 2.4. de la Directiva según la propuesta quedaría redactado de la siguiente manera: "A partir de la información transmitida por los Estados miembros de conformidad con el artículo 9, la Comisión redactará y publicará cada tres años, un informe de evaluación comparativa de las medidas positivas adoptadas por los Estados miembros de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado".

propuesta de Directiva no se plantea la sustitución de una redacción tan genérica por otra de carácter más estricto que sea capaz de garantizar que no caben tratamientos supuestamente protectores que, por no basarse en la situación de embarazo y maternidad, resultan por sí mismos discriminatorios. Es más, el mantenimiento del término "especialmente" permite considerar que teóricamente pueden existir normas protectoras de la mujer que no derivan de su condición real o potencial de madre. La legitimidad normativa teórica de estas medidas protectoras no relacionadas con la maternidad se encuentra reforzada por lo establecido en el art. 3.c de la misma Directiva, en el que se señala la obligación de que los Estados miembros "revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser". Así pues, la norma protectora de esta naturaleza se vería legitimada en derecho comunitario siquiera con carácter provisional.

No obstante, esta referencia normativa contrasta con la más estricta interpretación realizada por el TJCE que en múltiples ocasiones ha reconocido: (i) que la normativa protectora válida se limita a la protección biológica de la mujer y las especiales relaciones entre ella y su hijo por lo que no resultan legítimas las medidas de protección dirigidas a excluir a la mujer de riesgos que concurren indistintamente para los hombres⁵³. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el TJCE declarando incompatible con el ordenamiento comunitario el establecimiento de normas supuestamente protectoras que establecían la prohibición de que la mujer llevara a cabo ciertos trabajos, particularmente los nocturnos⁵⁴; (ii) que respecto a las especiales relaciones entre la madre se acomoda al derecho comunitario el establecimiento de normas internas que limitaban a la madre el disfrute de ciertos permisos relacionados con la maternidad reciente por considerar que el art. 2.3 de la Directiva 76/207 al permitir la existencia de normas protectoras de la mujer no solo está considerando la protección de la condición biológica de la madre, sino también la de

⁵³ En la sentencia dictada en el asunto Kreil (sentencia de 11 de Enero de 2000, C-285/98) puede leerse en su párrafo 30: "Por último, en lo que respecta a la posible aplicación del artículo 2, apartado 3, de la Directiva, también invocado por el Gobierno alemán, dicha disposición, como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la sentencia Johnston, antes citada, pretende garantizar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo. Así pues, dicha disposición no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas".

⁵⁴ Asuntos Stoekel, sentencia de 25 de Julio de 1991, C-345/89; Levy, sentencia de 2 de Agosto de 1993, C-158/91; Minne, sentencia de 3 de Febrero de 1994, C-13/93; Comisión c. Francia, sentencia de 13 de Marzo de 1997, C-197/96; y Comisión c. Italia, sentencia de 4 de Diciembre de 1997, C-207/96; entre otras.

las especiales relaciones entre la mujer y el niño en el momento posterior al parto, evitando que sean perturbadas por la propia prestación laboral⁵⁵. A partir de esta interpretación jurisprudencial podría, consiguientemente, destacarse que, pese a la amplitud con que queda formulada la posibilidad de normas protectoras de la mujer, tan solo las que se encuentran relacionadas con el embarazo y la maternidad se acomodan al derecho comunitario, bien por venir referidas a los condicionamientos biológicos relacionados con aquellas situaciones bien por entrar en conexión con un concepto ampliado del concepto de maternidad que permite incluir en su ámbito la supuesta especial relación entre madre e hijo. Sirva lo expuesto para destacar que la normativa protectora de la mujer admite tan solo estas y no otras situaciones, porque la tendencia normativa e institucional más reciente va dirigida al reconocimiento indistinto e individualizado de los permisos relacionados con la maternidad⁵⁶ y el cuidado de los hijos⁵⁷.

La protección frente al despido motivado por el embarazo también ha encontrado su fundamento durante mucho tiempo en la propia Directiva 76/207, al menos antes de que la Directiva 92/85 estableciera expresamente la obligación de los Estados miembros de proteger a las trabajadoras frente al despido sin causa entre el inicio del embarazo y el final del permiso de maternidad. Este mismo espacio temporal fue el tenido en cuenta por la jurisprudencia del TJCE para entender que resultaba contrario a la Directiva 76/207 el despido por absentismo reiterado realizado sobre la trabajadora embarazada por causa de enfermedad relacionada con su embarazo⁵⁸ aunque resultaba acorde a la mencionada norma comunitaria el despido realizado por faltas de asistencia posteriores a la reincorporación tras el permiso de maternidad porque, según el Tribunal, es competencia de los Estados la determinación del plazo a partir del cual la enfermedad padecida pierde relación con la situación previa del parto⁵⁹ (aunque objetiva y biológicamente éste fuera el origen de la falta de asistencia). Igualmente contrario a la normativa comunitaria resulta el despido de la trabajadora embarazada por causa del embarazo cuando el objeto de la contratación obliga a un cambio en las condiciones de la prestación al concurrir elementos de peligrosidad⁶⁰, lo cual enlaza a su vez con la falta de culpabilidad de quien

⁵⁵ Al respecto, asunto Comisión c. Italia, sentencia de 26 de Octubre de 1983, C-163/82; y Hoffman, sentencia de 12 de Julio de 1984, C-184/83.

⁵⁶ En la Resolución del Consejo de 29 de Junio de 2000 sobre conciliación de responsabilidades familiares y profesionales se invitaba a los Estados miembros a reconocer el permiso de paternidad como de titularidad total e intransferible al padre y de disfrute paralelo al materno.

⁵⁷ La Directiva 96/34 dedicado a los permisos parentales establece su configuración indistinta para hombres y mujeres.

⁵⁸ Asunto Brown, sentencia de 30 de Junio de 1998, C-394/96.

⁵⁹ Asunto Hertz, sentencia de 8 de Noviembre de 1990, C-179/88.

⁶⁰ Asunto Web, sentencia de 14 de Julio de 1994, C-32/93; y asunto Mahlburg, sentencia de 3 de Febrero de 2000, C-207/98.

oculta su embarazo en el momento de la contratación o incluso de quien mien acerca del mismo, puesto que ninguna consecuencia extintiva puede generars

Así las cosas, dada la referencia normativa expresa en la Directiva 92/85 la protección frente al despido y dado el posicionamiento del TJCE frente mismo, resulta comprensible que en la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 tan solo aparezca una referencia a la situación específica de la maternidad. Se pretende la adición al art. 2.3 del siguiente inciso: "La trabajadora que ha dado a luz tiene derecho, al finalizar su permiso por maternidad, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a otro equivalente, sin que se modifiquen sus condiciones de trabajo". Si bien no resulta demasiado coherente su localización en la Directiva 76/207, sí que resultaba necesaria su mención normativa expresa cuando la Directiva 96/34 sobre permisos parentales había establecido un similar derecho al mantenimiento de las condiciones laborales aun restando los permisos que contemplaba de mayor onerosidad empresarial por más larga duración. Por lo demás el derecho al mantenimiento de las mismas condiciones laborales en el momento de la reincorporación ya había sido objeto de numerosos pronunciamientos del TJCE⁶¹.

5. LA DEFENSA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

Probablemente los aspectos de la regulación propuesta más interesantes desde la perspectiva de la entidad de la reforma normativa sean los dirigidos a garantizar la efectividad del control y represión de las conductas discriminatorias por razón de sexo, si bien también en este caso nos encontramos ante una incorporación normativa de pronunciamientos del TJCE⁶². Estas nuevas garantías desde la perspectiva del control y represión tienen fundamentalmente dos manifestaciones en la reforma proyectada: la primera implicaría la incorporación al art. 6 de la Directiva 76/207 de la posibilidad de reclamar judicialmente frente a la conducta discriminatoria incluso después de concluida la relación laboral; de la eliminación de los topes máximos fijados a priori para el cálculo de las indemnizaciones; y de la obligatoria consideración de los intereses destinados a compensar la pérdida sufrida por la beneficiaria de la reparación como consecuencia del tiempo transcurrido hasta el momento del pago efectivo; la segunda, reforzaría el derecho a la protección jurídica por medio de la obligación de que los Estados miembros creen organismos independientes especializados en materia antidiscriminatoria con competencias que abarcarían incluso la representación y actuación en nombre de víctima en los procedimientos administrativos y judiciales.

Muy probablemente estos últimos aspectos de garantía procedimental serán los que requerirán mayores ajustes por parte de los Estados miembros

⁶¹ Por ejemplo, asuntos Hoffman y Web, ambos citados en notas anteriores.

⁶² Por todos, asuntos Drachmphael, sentencia de 22 de Abril de 1997, C-180/95; Coote, sentencia de 22 de Septiembre de 1998, C-185/97.

Piénsese por ejemplo, en los problemas que puede suscitar la contradicción del derecho a la reclamación judicial con posterioridad al despido con los plazos de prescripción o caducidad vigentes en cada uno de los Estados (y ello a pesar de la supuesta imprescriptibilidad de los derechos fundamentales⁶³); piénsese igualmente en las necesarias reformas procesales que puede requerir la entrada en escena de sujetos con legitimaciones novedosas, como los organismos especializados en materia antidiscriminatoria.

A modo de conclusión, la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 supone un ajuste imprescindible para la acomodación de la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo a la doctrina judicial del TJCE y a las innovaciones introducidas en el TCE por el Tratado de Amsterdam. Pero es sobre todo parte de una trilogía normativa que podría sintetizar la dirección en la que se mueve la política social comunitaria: en el contexto actual podría decirse que las políticas armonizadoras tradicionales en el ámbito laboral han cedido espacio a políticas más novedosas, entre las que se encuentra sin duda la nueva postura frente a la discriminación, la mayor preocupación por las consecuencias transnacionales de las normas laborales o las formas atípicas de contratación. Desde esta perspectiva, las tres directivas antidiscriminatorias podrían ser la primera de las consecuencias normativas de una nueva etapa en la política social inaugurada con el Tratado de Amsterdam. Probablemente entre ellas, la propuesta de reforma de la Directiva 76/207 sea la que desde el punto de vista material tenga un contenido más limitado, básicamente porque la mayoría de los aspectos que se introducirían ya vendrían anticipados por una doctrina jurisprudencial muy elaborada y voluminosa. Ello, con todo, no resta importancia a las repercusiones que, de aprobarse, la reforma normativa generará en la normativa comunitaria y de los Estados miembros.

⁶³ Recuérdese por ejemplo que en la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de Febrero (entre otras sobre el mismo tema) se consideró pese a la constatación de concurrencia de discriminación por razón de sexo con relación a la excedencia por matrimonio que no podía ejercitarse el derecho por haberse superado el plazo de prescripción para el ejercicio de los derechos. La sentencia contenía un voto particular en el que se defendía la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales. Un análisis, por todos, por GALIANA MORENO, "No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Constitucional", *REDT*, 14, 1983.

EL DESAFÍO DE LA IGUALDAD*

MARZIA BARBERA/
Catedrática de Derecho del Trabajo/
Universidad de Brescia (Italia)

EXTRACTO

En las páginas que siguen la autora se enfrenta al reto de descifrar cuáles son las claves de la relación entre la igualdad y el contrato de trabajo, tanto individual como colectivo, un tema éste que siempre se ha encontrado en el punto de mira de la doctrina iuslaboralista y de la jurisprudencia.

Partiendo de la idea de una tradicional e irreductible oposición entre el contrato de trabajo y el principio de igualdad, como *la enésima manifestación del antagonismo existente entre la libertad* (en este caso la libertad contractual) *y la igualdad*, y de la implícita preferencia por el principio de libertad, por la asignación a la libertad de un primado (fundamentalmente moral) sobre el principio de igualdad en el ámbito de las relaciones contractuales, la autora realiza un recorrido por las diferentes teorías emanadas de la doctrina iuslaboralista y de la jurisprudencia, que vienen a cuestionar estas afirmaciones iniciales y a anticipar otras cuestiones sobre las que necesariamente se discutirá en los años venideros. Se trata, en definitiva, de plantear un reto: descifrar el punto de equilibrio entre la libertad (individual y colectiva) y la garantía de igualdad sustancial.

* Traducción realizada por F. Javier Calvo Gallego y María Luisa Pérez Guerrero, Profesor Titular de la Universidad de Sevilla y Becaria FPI de la Universidad de Huelva, respectivamente.