

**ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ**

*Licenciada en Derecho por la Universidad de Cantabria  
Matriculada en los cursos de Doctorado de la Universidad de  
Cantabria, Departamento de Derecho Privado*

**ACCÉSIT PREMIO CEFGESTIÓN 1999**

**Extracto:**

**RECIENTEMENTE** se ha conmemorado el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Entre los derechos proclamados en la Declaración se encuentra el principio de igualdad y no discriminación.

Desde entonces, se han logrado avances importantes. Así, limitando el análisis al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y al ámbito europeo, actualmente no existen normas discriminatorias. Es más, tanto la normativa comunitaria como la legislación española consagran la prohibición expresa de cualquier discriminación por razón de sexo.

No obstante, las estadísticas muestran que las mujeres siguen padeciendo discriminación en el mercado laboral español.

Este panorama se agrava cuando se comprueba el escaso número de demandas presentadas o de procedimientos actuados en defensa del derecho a la igualdad de trato por parte de las víctimas de situaciones discriminatorias. Así, el número de sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado en materia de discriminación por razón de sexo en el período que media entre los años 1982 a 1995 ha sido de no más de cincuenta.

Entre las causas de esta situación, destaca el desconocimiento por parte de sus destinatarios de las normas existentes en la materia.

Así el estado de las cosas, el propósito principal de este trabajo es realizar una exposición ordenada y detallada de esta normativa.

---

## Sumario:

---

- I. Delimitación del principio de igualdad y no discriminación.
    1. Dimensión constitucional.
    2. Dimensión legal: Ley del Estatuto de los Trabajadores.
    3. Dimensión comunitaria.
  
  - II. La discriminación por razón de sexo.
    1. El principio de igualdad de trato y sus excepciones.
    2. El área de actuación del principio de igualdad de trato.
    3. Concepto y clases de discriminaciones.
    4. Igualdad, discriminación y negociación colectiva.
    5. Procedimientos de tutela y sanciones.
    6. Especial referencia a la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
    7. Política sobre igualdad de trato.
  
  - III. Índice cronológico de legislación.
- Bibliografía.

## I. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

### 1. Dimensión constitucional.

No existe una determinación precisa de lo que es la igualdad. Es uno de los valores superiores que fundamentan el Estado Social (art. 1.1 de la Constitución Española, en adelante CE). Y viene referido por la Constitución a lo largo de su articulado con diversos significados. Así, la igualdad del artículo 14 CE poco tiene que ver con la del artículo 9.2 CE y, a su vez, ambos artículos son distintos de la prohibición de discriminación del artículo 35.1 *in fine* de la norma suprema.

Lo que sí es cierto es que la Constitución refleja tanto una perspectiva formal como una sustancial del principio. La perspectiva sustancial del principio se manifiesta en el artículo 9.2 CE<sup>1</sup>. Se viene a indicar en él que el tratamiento desigual puede ser un medio para obtener la igualdad real<sup>2</sup>. Por contra, la perspectiva formal y predominante se acoge en el artículo 14 CE. En todo caso, sea cual sea la perspectiva de análisis, la igualdad implica un juicio comparativo entre unas conductas y una regla jurídica.

El derecho a la igualdad y no discriminación está recogido en el artículo 14 CE. Es uno de los derechos fundamentales «fuertes» a los que el artículo 53.2 CE dota de las mayores medidas de tutela y protección<sup>3</sup>, lo cual permite al trabajador acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) para reclamar su derecho (art. 161 CE y art. 41 y ss. LOTC).

El derecho a la igualdad del artículo 14 CE es un derecho subjetivo no autónomo sino relacional, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas<sup>4</sup>. Es difícil concebir una violación de la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Ese carácter no autónomo conlleva importantes consecuencias. En ese sentido, el dere-

<sup>1</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad*, Barcelona (Cedecs), 1998, pág. 84.

<sup>2</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, pág. 84.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 86.

<sup>4</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, pág. 87.

cho a la igualdad no exige ley orgánica en su desarrollo (art. 81.1 CE *a sensu contrario*) ni tampoco puede ser objeto de una regulación o desarrollo de carácter general. Además, debido al carácter no autónomo, el significado del derecho a la igualdad ha estado muy vinculado siempre al momento histórico y a las doctrinas políticas imperantes en la época.

Avanzando en la aproximación conceptual al principio de igualdad, se debe decir que, actualmente, la expresión constitucional «Los españoles son iguales ante la ley» (art. 14 CE) hay que interpretarla más allá de su tenor literal (art. 3.1 del Código Civil). En la fórmula señalada se incluye también el mandato de «igualdad en la ley» e «igualdad en la aplicación de la ley». En primer lugar, «la igualdad ante la ley» implica que las disposiciones legales han de ser generales, abstractas y universales, de forma que sólo se admite la norma singular o privilegiadora de un individuo o de un grupo cuando exista una suficiente y razonable justificación <sup>5</sup>.

En segundo lugar, la «igualdad en la ley» constituye un límite para el poder legislativo. Es el contenido de la norma el que debe ajustarse a la igualdad. Para respetarla, el legislador no podrá establecer distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, debieran ser tratados de forma idéntica, de manera que su diferenciación ha de ser tenida por arbitraria. Ni puede tampoco «anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados» <sup>6</sup>.

Desde el prisma de la «igualdad en la aplicación de la ley», según el TC, puede existir vulneración del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias. Asimismo, se obliga a que cuando un mismo órgano jurisdiccional se aparte de sus resoluciones precedentes debe ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

El derecho a la igualdad del artículo 14 CE es un derecho constitucional inespecífico, es decir, no tiene un carácter propiamente laboral. No obstante, está desarrollando un importante papel en la construcción del Derecho del Trabajo.

La doctrina mayoritaria aboga por la tesis diferenciadora entre la igualdad general y la prohibición discriminatoria, aduciendo que cada uno de los términos tiene sujetos, significado, sentido y alcance distintos <sup>7</sup>.

El principio general de igualdad sólo veda la arbitrariedad, esto es, el comportamiento empresarial injustificadamente desigual. Se entiende como típico derecho subjetivo y, en consecuencia, obliga a los poderes públicos a que procuren la igualdad de los individuos y grupos. Se concreta en

<sup>5</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 89.

<sup>6</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, pág. 89.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, págs. 92-98.

un examen comparativo marcadamente formal, pues la comparación se agota en el análisis de los dos términos ignorando otros aspectos.

De lo anterior resulta que el principio general del artículo 14 CE es un mandato «débil» pues, al menos en teoría, parece admitir fácilmente la posterior justificación del trato desigual <sup>8</sup>.

En cuanto a la prohibición discriminatoria, exige la paridad o identidad de trato, de ahí que sólo se admitan las derogaciones o excepciones que tengan fundamento constitucional expreso <sup>9</sup>. Este mandato es de carácter «fuerte» y, en consecuencia, la posibilidad de justificar la distinción operada se admite sólo excepcionalmente. Respecto a los sujetos obligados, son tanto el Estado como los particulares.

También la prohibición discriminatoria parte de la relación comparativa de carácter formal, pero la supera al admitirse las discriminaciones indirectas o disimuladas. Además, está íntimamente ligada al artículo 9.2 CE de forma que su violación conlleva, junto a la invalidez del acto, la obligación de los poderes públicos de procurar el objetivo igualitario mediante acciones positivas anti-discriminatorias <sup>10</sup>.

En consecuencia, frente a la «neutralidad» del principio general de igualdad, la prohibición de discriminar presenta un objetivo unilateral, «crítico y corrector», que manifiesta un mayor compromiso constitucional por impregnar de sentido igualitario las relaciones laborales <sup>11</sup>.

De conformidad con el artículo 53.1 CE, las dos versiones del principio de igualdad pueden aplicarse de forma inmediata o directa, sin necesidad de desarrollo legal, a las relaciones con el poder público. Sin embargo, en lo que a relaciones entre particulares se refiere, se precisa hacer una distinción. Mientras la prohibición discriminatoria del artículo 14 CE es también directamente aplicable a las relaciones *inter privados* sin necesidad de mediación legislativa, respecto de la cláusula general de igualdad no puede decirse lo mismo <sup>12</sup>.

Así, admitida la tesis diferenciadora entre la igualdad general y la prohibición discriminatoria, cabe definir ambos términos. La igualdad jurídica significa que ante supuestos de hecho iguales deben resultar idénticas consecuencias jurídicas y la diferencia de tratamiento jurídico ha de estar fundada en una justificación objetiva y razonable desterrando cualquier posible arbitrariedad.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 98.

<sup>9</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, pág. 98.

<sup>10</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, pág. 98.

<sup>11</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, págs. 98-99.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, págs. 118-119.

Frente al concepto de igualdad, la discriminación, en general, supone un tratamiento diferenciado y sistemáticamente peyorativo de un grupo de sujetos, basado en sus condiciones personales o familiares -sobre las que no tienen libertad de elección- o en el ejercicio de derechos fundamentales <sup>13</sup>. Dos son, pues, los elementos definitorios del concepto de discriminación:

- a) La diferencia de trato con respecto a alguien (término de comparación), y
- b) El fundamento en determinadas razones específicas (causa de discriminación).

Es preciso afirmar, además, que la discriminación es un hecho objetivo, un resultado, que no ha de ir acompañado de elemento intencional alguno (*animus discriminandi*) <sup>14</sup>.

## 2. Dimensión legal: Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La legislación de desarrollo del artículo 14 CE, en el ámbito laboral, se localiza en una serie de preceptos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). De su lectura cabe extraer las siguientes líneas generales: a) todos los actos empresariales están sujetos a la prohibición de trato discriminatorio; b) los preceptos legales, que desarrollan el artículo 14 CE, se refieren únicamente a la prohibición de discriminación; c) existe una prohibición de discriminación reforzada respecto de dos motivos: el sexo y el ejercicio de la función representativa de los trabajadores. Entonces, las diferencias de trato que se basan en estos factores precisarán, para ser legítimas, una mayor carga justificativa <sup>15</sup>.

En las relaciones laborales prevalece el principio de autonomía de la voluntad sobre el de igualdad. No es suficiente la mera alegación de trato diferente, pues no existe un deber de trato igual en sentido absoluto ni para los poderes públicos ni para los empresarios privados <sup>16</sup>. Afirmar lo contrario es tanto como negar que el principio de autonomía de la voluntad es uno de los principios esenciales de nuestro Derecho del Trabajo. Además, la igualdad exagerada hasta el igualitarismo a ultranza entra en contradicción con el valor superior de la Justicia.

Así, el principio común de igualdad se concibe como mera interdicción de la arbitrariedad. En cuanto derecho de los trabajadores, queda reducido a la prerrogativa de no sufrir tratamientos desiguales sin justificación suficiente. No atenta, por tanto, contra ninguna prohibición el que unos trabajadores sean tratados especialmente, pero sí que esa desigualdad carezca de fundamento racional u objetivo <sup>17</sup>.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, págs. 165-166.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 168.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, págs. 126-127.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 149.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 150.

Por otra parte, el TC se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la eficacia directa e inmediata del artículo 14 CE (STC 7/1983, de 14 de febrero; STC 8/1983, de 18 de febrero; STC 86/1983, de 26 de octubre; Auto 550/1984, de 3 de octubre; STC 38/1984, de 15 de marzo; STC 59/1993, de 15 de febrero, entre otras). Se dice que el artículo 17 ET vendría a ser la concreción legal de la cláusula genérica del artículo 14 CE («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»). La CE habría remitido así a las causas que, para las relaciones laborales, añadiera el legislador ordinario. Sin embargo, la discriminación laboral, esté o no prevista en la lista de causas de la CE, es un acto inconstitucional.

Por tanto, el ET concreta los supuestos laborales que se integran en la prohibición discriminatoria, pero sigue siendo la CE la que produce y genera los efectos derivados de su violación.

Una vez definida la relación que existe entre el artículo 14 CE y el artículo 17 ET, procede realizar un análisis comparativo de las causas previstas en estos preceptos. Los artículos 4.2 c) y 17.1 ET establecen una relación de causas discriminatorias que no coinciden con la ofrecida por el artículo 14 CE. En este punto, el ET sólo coincide con el texto constitucional cuando señala como tales motivos la raza, el sexo y la religión. Por tanto, hay causas constitucionales que no se recogen en la norma laboral, como sucede con el nacimiento, o bien aparecen desglosadas en otras menores, así sucede con la opinión, que se traduce en ideas políticas o razones sindicales.

A su vez, el ET señala otros motivos propiamente laborales, tales como el estado civil, la condición social y la lengua (arts. 4 y 17), además del origen y el parentesco (art. 17.1) o la edad y las minusvalías físicas o psíquicas [art. 4.2 c)]. Respecto de la edad, el TC ha expresado que aunque no figure entre las causas de discriminación enunciadas en el artículo 14 CE, puede encontrarse entre las causas personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto constitucional (STC 31/1984, de 7 de marzo, y STC 184/1993, de 31 de mayo, entre otras).

A pesar del esfuerzo de recopilación llevado a cabo por el legislador, en los preceptos señalados no están todas las causas de discriminación posibles. Esto ha conducido, por un lado, a que en la práctica se acepte el carácter intercambiable de las causas legales, esto es, que se admita la utilización de alguna de ellas para introducir otras nuevas no previstas y a que se destaque el significado «relativo» de cada una de las causas. Y, por otro lado, lleva a que se interprete con cierta amplitud la cláusula genérica o de cierre del artículo 14 CE<sup>18</sup>.

En consecuencia, la lista de motivos de los artículos 4.2 c) y artículo 17.1 ET, como ocurría con la del artículo 14 CE, es un *numerus apertus*<sup>19</sup>.

En esta línea, la jurisprudencia puede realizar una interpretación expansiva del precepto constitucional. Así, los Tribunales han creado la discriminación por razón de temporalidad. Ahora bien,

<sup>18</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 177.

<sup>19</sup> *Ibidem*, *Decisiones ...*, pág. 177.

la fijación de nuevas causas ha de entenderse en sentido restrictivo. De lo contrario, se desvirtuaría el concepto mismo de discriminación. Además, ha de tratarse de situaciones consolidadas de carácter personal o social no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (art. 10 CE) <sup>20</sup>.

### 3. Dimensión comunitaria.

En este apartado se analiza el tratamiento del principio de igualdad y prohibición de discriminación en el Derecho comunitario.

En relación con el principio de igualdad, no existe un reconocimiento expreso e integral del mismo. Sin embargo, su reconstrucción doctrinal se aborda a partir de dos manifestaciones fragmentarias de este principio: la igualdad por razón de sexo y la igualdad por razón de nacionalidad.

En primer lugar, el artículo 7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957 dice que «se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad», y el artículo 119 TCE, párrafo primero, expresa que «cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». En ambos casos, el marco de referencia es el de los respectivos ordenamientos estatales.

El derecho derivado, por su parte, siguió la pauta marcada por el derecho fundacional: vinculación del principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros a la consecución del derecho a la libre circulación de trabajadores, consagrado en el artículo 48.1 TCEE. En esta línea, se dicta el Reglamento 1612/68/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad y el Reglamento 1408/71.

En el tema de la paridad hombre-mujer, la primera Directiva en la materia -la 75/117/CEE- se limitó al aspecto retributivo. Sin embargo, poco después la Directiva 76/207/CEE amplió el campo de actuación del principio de igualdad de trato al acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo. Posteriormente, la Directiva 79/7/CEE se refirió a la igualdad hombre-mujer en materia de seguridad social. Más recientemente, se han dictado las Directivas 86/613/CEE y 86/391/CEE, relativas al trabajo autónomo. Y, finalmente, la Directiva 92/85/CEE se dirige a proteger a la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Respecto al principio de igualdad por razón de sexo en el Tratado de Maastricht (firmado el 7 de febrero de 1992 y ratificado por España el 29 de diciembre de 1992) las novedades importantes están en el Acuerdo, anejo al Protocolo sobre Política social anexo al Tratado, en cuyo artículo

---

<sup>20</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 178.

lo 6.3 se consagra la validez de las acciones positivas. Este Acuerdo no pudo formar parte del Derecho originario hasta la firma del Tratado de Amsterdam en 1997, debido a la oposición del Reino Unido.

Por último, en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 hay un reconocimiento del principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad (art. 2, en general, y art. 15 referido concretamente a la formación profesional) y por razón de sexo (art. 16).

En definitiva, según ALARCÓN CARACUEL, el Derecho comunitario carece de la premisa indispensable para poder hablar del principio de igualdad ante la ley, es decir, la existencia de un ordenamiento jurídico único <sup>21</sup>.

Por otra parte, en cuanto a la prohibición de discriminación es tradicional la no intervención en este ámbito. Los objetivos originarios de la Comunidad Europea fueron básicamente económicos, dirigidos casi exclusivamente a la constitución de un gran mercado. Se partía de la base de que la aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros desencadenaría el desarrollo económico y que éste produciría la elevación del nivel de vida de los ciudadanos comunitarios y, con ello, la progresiva supresión de cualquier tipo de discriminación.

Por lo anterior, el ordenamiento comunitario no ha otorgado una consideración preferente a los derechos sociales en el ámbito de las relaciones laborales y, en particular, no se ha preocupado por incorporar un reconocimiento explícito y genérico de la prohibición de discriminación <sup>22</sup>.

No obstante, existen dos importantes excepciones. De un lado, la libre circulación de trabajadores en la medida en que ha de suponer «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros» (art. 48 TCEE). Y, de otro lado, «el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo» (art. 119 TCEE).

Más allá de las diferencias de trato vinculadas al sexo y a la nacionalidad, las intervenciones comunitarias en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria han sido escasas, limitándose inicialmente a declaraciones de intenciones acerca de la necesidad de introducir prácticas antidiscriminatorias.

Buena muestra de ello lo constituyen los siguientes ejemplos. En primer lugar, en el Preámbulo del Acta Única Europea de 1986 los Estados miembros firmantes se declaran «decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los Derechos Fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular

<sup>21</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea» (*Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*), Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 30.

<sup>22</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario laboral» (*Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*), Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 35.

la libertad, la igualdad y la justicia social». Es una declaración de indudable importancia política, pero insuficiente como fuente de obligaciones jurídicas concretas <sup>23</sup>.

En esta misma línea de declaraciones políticas, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 afirma, en su preámbulo, que «para garantizar la igualdad de trato es conveniente luchar contra las discriminaciones en todas sus formas, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias, y que, con espíritu de solidaridad, es importante luchar contra la exclusión social».

Asimismo, el Parlamento Europeo se ha pronunciado, en diversas ocasiones, en favor de la incorporación de los valores propios de la tutela antidiscriminatoria dentro del acervo comunitario. En todo caso, son declaraciones de indudable valor simbólico, pero sin vinculación jurídica <sup>24</sup>.

También en este mismo terreno de las declaraciones programáticas se precisa hacer una referencia al Acuerdo, anejo al Protocolo Sobre Política Social anexo al Tratado de Maastricht en el que se afirma que «los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son ... la lucha por las exclusiones».

## II. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

### 1. El principio de igualdad de trato y sus excepciones.

La paridad por sexos se introduce en el artículo 119 TCEE, cuyo párrafo 1.º establece que «cada Estado garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo».

Por tanto, el punto de partida en esta materia era limitado, pues se refería exclusivamente a la igualdad salarial por la realización de trabajo idéntico.

Respecto al Derecho derivado, la primera Directiva en la materia -Directiva 75/117/CEE- se limitó también a dicho aspecto retributivo, no pudiéndose aplicar la paridad de trato a otras materias hasta la Directiva 76/207, la cual se fundamenta en el artículo 235 TCEE.

Así, la Directiva 76/207 extiende el principio citado al conjunto de las condiciones de trabajo, desde la contratación al desarrollo de la relación y hasta el despido, abarcando además aspectos externos a la propia relación de trabajo como las iniciativas de orientación y formación profesional.

<sup>23</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Intersticios ...», pág. 51.

<sup>24</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Intersticios ...», pág. 52.

El artículo 2.1, en conjunción con el artículo 1, de la Directiva 76/207 define la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirecta. Pero la Directiva no es neutra pues se enmarca en una política promocional de la mujer para lograr la igualdad efectiva entre ambos sexos, partiendo de la existencia de una situación desfavorable y de segregación de la mujer en el mercado laboral. Se excluye así el sexo como criterio de diferenciación de los trabajadores.

Tras establecer en el párrafo primero del artículo 2 de la Directiva el principio de igualdad de trato, recoge en los tres párrafos siguientes tres excepciones del principio, de distinto alcance y fundamento:

- 1.<sup>a</sup> Cuando el sexo constituye una condición determinante en razón de la naturaleza o del ejercicio del trabajo (art. 2.2 Directiva);
- 2.<sup>a</sup> Las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo (art. 2.3 Directiva), y
- 3.<sup>a</sup> «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».

La primera excepción se refiere a la posibilidad de reservar ciertos trabajos a los miembros de uno y otro sexo, por ser en determinados puestos el sexo condición sustancial necesaria para poder desempeñarlo.

El artículo 2.3 de la Directiva, por su parte, se refiere a la existencia de normas protectoras en favor de la mujer, especialmente, en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Estas diferencias tienen también razones fisiológicas y tutelan además otros bienes y valores relacionados con la procreación.

La última excepción tiene una finalidad y contenido radicalmente distinto a las anteriores. Se refiere a la acción positiva que trata de garantizar la realización efectiva del derecho a no ser discriminado, modificando la condición del grupo tutelado, promocionando la igualdad de oportunidades individuales y colectivas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha afirmado que estas derogaciones del principio de igualdad de trato, en cuanto excepciones respecto de un derecho fundamental, deben ser interpretadas restrictivamente. Particularmente, el Tribunal ha enfatizado la exigencia de que la excepción contenida en el artículo 2.2 de la Directiva debe contemplar exclusivamente actividades específicas y caracterizarse por una transparencia suficiente para controlar las razones que la justifican.

En este sentido, el TJCE ha admitido la exclusión de la profesión de comadrona por tratarse de una actividad respecto de la cual la susceptibilidad personal puede tener mucho peso en la relación entre

la persona que la ejerce y la paciente (STJCE de 8 de noviembre de 1983, Asunto 165/82). También se ha justificado la reserva a los hombres del acceso a determinados cuerpos de policía que utilizan armas de fuego, en una situación específica como la de Irlanda del Norte, caracterizada por graves desórdenes internos y frecuentes riesgos de atentados (STJCE de 15 de mayo de 1986, Asunto Johnston 222/84).

En relación con el artículo 2.3 de la Directiva, es controvertido el equilibrio entre el principio de igualdad y las tradicionales normativas tuteladoras del trabajo femenino, difusas en las legislaciones de los Estados miembros. El Tribunal avala desigualdades de trato sólo en cuanto éstas sean reconducibles a la condición de trabajadora-madre. Sirva de ejemplo el Asunto Hofmann en el que se ha declarado compatible con el Derecho comunitario una ley alemana que atribuía sólo a la madre el derecho de excedencia voluntaria hasta el sexto mes de vida del niño (STJCE de 12 de julio de 1984, Asunto 184/83 Hofmann).

En esta materia es relevante verificar si el ordenamiento jurídico interno español ha dado cumplimiento a la Directiva 76/207.

Respecto a las exclusiones al acceso a determinados puestos de empleo, desde hace poco tiempo nuestro ordenamiento jurídico parece cumplir la Directiva 76/207. Así, la única profesión formalmente vedada a las mujeres con vigencia posconstitucional, el acceso a las fuerzas armadas y academias militares, fue parcialmente derogada por Real Decreto-Ley 1/1988 e íntegramente por la STC 216/1991, de 14 de noviembre. En esta materia, el TC mantiene una interpretación tan restrictiva como la del TJCE.

En cuanto a la excepción del artículo 2.3 de la Directiva 76/207, esta materia tampoco plantea en la actualidad graves problemas de cumplimiento formal. Con base en la Directiva y en la jurisprudencia del TJCE (específicamente los Asuntos Hofmann, Johnston y Stoekel), nuestro TC ha zanjado el debate mantenido hasta 1992, tanto por parte de nuestra doctrina como por la jurisprudencia, sobre la vigencia de las normas protectoras de la mujer de alcance general, específicamente el Decreto de 26 de julio de 1957.

En este sentido, en su Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, el TC se refiere concretamente a la inconstitucionalidad de la prohibición del acceso de la mujer al trabajo subterráneo en las minas, argumentando la inexistencia de razones concluyentes que pongan de manifiesto que las condiciones especialmente gravosas del trabajo en el interior de las minas y el riesgo para la salud o de accidentes, se incrementa respecto de la mujer. Y aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir especiales condiciones físicas, éstas deberán ser exigidas por igual a hombres y mujeres al margen de su sexo. Comprobadas las mismas, no existe razón alguna que justifique la exclusión absoluta de la mujer de este tipo de trabajo.

A su vez, el TC hace referencia a la inconstitucionalidad de la prohibición del trabajo nocturno y de cualquier otra norma general de prohibición de acceso de mujeres a ciertos tipos de trabajo caracterizados por su especial peligrosidad o penosidad.

## 2. El área de actuación del principio de igualdad de trato.

Comenzando por el análisis de la perspectiva comunitaria, se recuerda que, inicialmente, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres se refería exclusivamente a la igualdad salarial por la realización de idénticos trabajos (art. 119 TCEE).

La Directiva 75/117, por su parte, afirma que el principio de retribución implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución de cualquier discriminación por razón de sexo. Además, a partir de esta norma el referente comparativo no se constriñe a los puestos de trabajo idénticos prestados simultáneamente, sino que la comparación puede hacerse con la ocupación anterior de un trabajador masculino.

En materia de igualdad retributiva el TJCE ha desarrollado los dos conceptos nucleares contenidos en el artículo 119 TCEE: el concepto de retribución y el concepto de trabajo de igual valor.

Respecto al concepto de retribución, éste se extiende a los elementos accesorios integrantes de la retribución. Así, el concepto abarca los complementos de turnicidad, trabajo extraordinario, los incrementos salariales de antigüedad (Sentencia Nimz), las indemnizaciones por extinción del contrato (Garland y Barber), mejoras salariales voluntarias, etc.

A su vez, el Tribunal ha señalado (Asunto Dansk Industri 400/93, de 31 de mayo de 1995) que el principio de igualdad de retribuciones se aplica también a los sistemas de retribución a resultado, en particular, al sistema de trabajo a destajo.

De esta manera, se pone de manifiesto la tendencia expansiva del concepto de retribución para otorgar la máxima amplitud al principio de igualdad de trato.

En cuanto al concepto de trabajo de igual valor, la Corte ha excluido hasta 1979 (Asunto Mccarthys) la posibilidad de utilizar términos de comparación hipotéticos, esto es, de confrontar la retribución de una mujer, que alega ser salarialmente discriminada, con la de un hipotético trabajador masculino, inexistente o ya desaparecido de la empresa.

Recientemente, la Corte ha establecido, en relación con los criterios de evaluación del trabajo de igual valor, que también se aplica el principio de paridad retributiva a los sistemas de retribución por rendimiento. En este campo, el TJCE ha afirmado que para que exista una discriminación por razón de sexo, no es suficiente que un sistema de retribución a rendimiento produzca retribuciones más bajas para los grupos prevalentemente constituidos por mujeres respecto a los grupos prevalentemente constituidos por hombres (Asunto Dansk Industri 1995). No obstante, la Corte reconoce que, si no resultan transparentes los elementos o las unidades de medida de la parte variable de la remuneración, puede justificarse la imposición al empleador de la carga de probar que la disparidad comprobada no responde a una discriminación fundada en el sexo.

Además, el Tribunal ha convalidado un concepto ya consolidado al afirmar que los criterios para la valoración del trabajo (destreza, fuerza física, rendimiento, ...), con el objetivo de la realización del juicio de comparabilidad para la aplicación del test de la igualdad, son competencia del juez nacional. Esta valoración comporta un juicio sobre el fondo que exorbita la cuestión prejudicial.

Posteriormente, se amplía el campo de actuación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres por la Directiva 76/207. De este modo, el párrafo primero del artículo 1 de la Directiva dice así: «La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la Seguridad Social. Este principio se llamará en lo sucesivo «principio de igualdad de trato». Lo dispuesto en este precepto se desarrolla en los artículos 3, 4 y 5 del mismo texto legal.

En relación con el área de aplicación del principio susodicho es muy significativa la aportación del TJCE interpretando la Directiva 76/207.

Así, en materia de acceso al empleo el TJCE ha afirmado que el rechazo de la contratación de una trabajadora, juzgada idónea para cubrir un determinado puesto de trabajo, por encontrarse embarazada, constituye una discriminación directamente basada en el sexo, incluso cuando el empleador lo haya decidido para no asumir los costes correspondientes a la suspensión por maternidad (STJCE de 8 de noviembre de 1990, Asunto Dekker). Para el Tribunal, esta discriminación no desaparece ni siquiera en el supuesto de que ningún candidato masculino se haya presentado para ocupar el puesto vacante.

En cuanto a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, el TJCE ha afirmado que la prohibición del trabajo nocturno es compatible con el Derecho comunitario, siempre que resulte ligado a la situación de embarazo o maternidad de la mujer trabajadora (caso Habermann-Bertelmann). Argumenta el Tribunal que «cualesquiera que puedan ser los efectos del trabajo nocturno, no parece que, salvo en el caso de embarazo y maternidad, los riesgos a que las mujeres están expuestas a causa del tal trabajo presenten, en líneas generales, naturaleza diferente de aquellos a que están expuestos los hombres» (STJCE de 25 de julio de 1991, Asunto 345/89 Stoeckel).

Esta postura se reitera en el caso Minne (STJCE de 3 de febrero de 1994, Asunto 13/93 Onem contra Minne). Por tanto, la orientación del Tribunal, en esta materia, puede considerarse consolidada. Además, ha influido inmediatamente en los ordenamientos de los Estados miembros, tales como Italia, Francia, España, etc.<sup>25</sup>.

Entre las condiciones de trabajo quedan comprendidos los requisitos para proceder al despido de la trabajadora (art. 5.1 Directiva 76/207). En esta materia, en particular en lo que se refiere a

---

<sup>25</sup> ROCCELLA, M., «La significación y el alcance de la Directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo» (*Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*), Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 198-199.

la relación entre despido y maternidad, el TJCE ha expresado que, de acuerdo con la Directiva 76/207, «el despido de una trabajadora por motivo de su embarazo representa, en igual manera que el rechazo a su contratación, una discriminación directa fundada sobre el sexo» (STJCE de 8 de noviembre de 1990, Asunto 179/88 Vibeke-Hertz).

No obstante, el TJCE ha precisado que un despido deja de ser discriminatorio cuando trae su causa en las repetidas faltas al trabajo ligadas a un embarazo precedente, si la enfermedad sucede tras la finalización de la suspensión por maternidad.

También es significativa, en este campo, la Sentencia Web (STJCE de 14 de julio de 1994, Asunto 32/93 Web contra Emo Air Cargo). Tras pronunciarse en el mismo sentido que en el caso Hertz, el TJCE aclara que el embarazo no puede en modo alguno ser asimilado a una enfermedad y menos aún a una indisponibilidad no derivada de razones de salud, situaciones que podrían motivar «el despido de una mujer sin que por ello tal despido sea discriminatorio en razón de sexo».

Una vez analizada el área de actuación del principio de igualdad de trato desde la perspectiva comunitaria, procede realizar el mismo estudio desde la perspectiva nacional. Es necesario partir, a estos efectos, del artículo 35 CE que afirma que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente ... sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

Por su parte, el artículo 17 ET, a nivel infraconstitucional y desarrollando el precepto anterior, establece la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenios Colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones en materia de «retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo». A ello, el artículo 22.4 del mismo cuerpo legal añade la clasificación profesional y el artículo 24.2 la promoción del trabajador.

A su vez, el artículo 28.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) tipifica como infracción muy grave en materia de empleo y contratación, el establecimiento de «condiciones mediante la publicidad, difusión o cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones ... por motivos de sexo».

Sobre esta materia, el TC se ha pronunciado en algunas ocasiones. Así, aunque de forma indirecta, en las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre y de 27 de octubre de 1994, el Tribunal afirma que el principio de no discriminación afecta al acceso al empleo y a la contratación.

Asimismo, de forma indirecta la STC 38/1986, de 21 de marzo, parece entender que el principio de no discriminación por razón de sexo se aplica a la jornada de trabajo y a las cuestiones con ella relacionadas, tales como el abono de las horas nocturnas.

En cuanto a los requisitos de la extinción del contrato de trabajo, el TC se ha pronunciado sobre las políticas empresariales de jubilación anticipada, en las que se establecen edades diferentes

para hombres y mujeres. Así, en la STC 207/1987, de 22 de diciembre, en la que la empresa Iberia alegaba la necesidad de que las auxiliares de vuelo femeninas tuvieran una buena presencia física (que, según la empresa, se perdía a los 35 años). Puesto que dicha condición no se requería de los auxiliares masculinos, éstos no tenían derecho a la jubilación anticipada. En este caso, el TC declara la existencia de una situación de discriminación.

Más recientemente en la STC 16/1995, de 24 de enero, el TC precisa que «el establecimiento de diferentes edades de jubilación no puede ser considerado como una situación que en sí misma suponga un privilegio odioso o una inmunidad excepcional», sin embargo añade que «al haber perdido su razón de ser, se hace contrario al principio de igualdad de trato».

Por otra parte, se hace referencia a un tema que ha sido objeto de un número apreciable de sentencias del TC, en concreto, la situación preconstitucional consistente en el paso obligado a la excedencia forzosa de aquellas trabajadoras que contraían matrimonio con reconocimiento de la posibilidad de solicitar el reingreso cuando se constituyeran en «cabeza de familia», comprendiendo tal término la muerte o invalidez del marido.

El TC ha venido manteniendo que estas situaciones discriminatorias deberían desaparecer y ha reconocido a las mujeres, que se encontraban en ellas, el derecho a solicitar su readmisión en las respectivas empresas. Para ejercitar la acción, el TC fijó en la STC 7/1983, de 14 de febrero, el plazo de tres años del artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin embargo, a muchas mujeres, una vez convertidas en «cabeza de familia», les fue denegado el reingreso basándose en la nulidad del precepto que les reconocía ese derecho y en la prescripción de la acción para realizarlo, por haber transcurrido más de tres años (por ejemplo, STC de 1 de marzo de 1993).

En definitiva, aun reconociendo los efectos discriminatorios de la excedencia forzosa del personal femenino y por causa de matrimonio, que persisten en el tiempo a través de una merma en los derechos laborales y de protección social, y a pesar de que el artículo 14 CE exigiría la remoción de estos efectos, el TC afirma que esta remoción sólo puede instrumentalizarse a través de una ley. El TC añade que no es exigible de los Tribunales que suplan la inactividad del poder legislativo en esta materia, porque lo contrario significaría una violación del principio de legalidad.

Para concluir este apartado, se ha de decir que nuestro TC, en materia de igualdad en las condiciones de trabajo, no suele citar expresamente la normativa comunitaria ni la doctrina del TJCE. A pesar de esto, sus resoluciones no se apartan excesivamente de la doctrina sentada por la Corte Comunitaria en interpretación de la Directiva 76/207<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «La aplicación de la Directiva 76/207 en España» (*La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*), Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 224-225.

### 3. Concepto y clases de discriminaciones.

Una vez realizada una aproximación al principio de igualdad de trato, es posible establecer un concepto del mismo. Con tal fin, se acude a lo dispuesto en la normativa internacional relacionada con la materia. Concretamente, el Convenio 111 OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 define la discriminación como cualquier distinción o preferencia basada en motivos de sexo que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación.

A su vez, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979<sup>27</sup>, en su artículo 1 describe la discriminación contra la mujer como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Ahora bien, la discriminación como fenómeno general presenta diversas proyecciones y así se habla de discriminación directa, indirecta, inversa o acción afirmativa.

En primer lugar, se centra la explicación en el binomio discriminación directa indirecta, prohibidas ambas en el artículo 2.1 de la Directiva 76/207. La discriminación directa puede ser definida como el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo<sup>28</sup>.

En cuanto al concepto de discriminación indirecta, su origen hay que buscarlo en el Derecho norteamericano y ya había sido utilizado por el TJCE en relación con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad<sup>29</sup>. El mismo Tribunal entiende por discriminación indirecta cualquier tratamiento basado en criterios aparentemente neutros, pero susceptibles de causar un efecto desfavorable en medida proporcionalmente mayor a los trabajadores de uno u otro sexo y objetivamente no justificables sobre la base de motivos diferentes del sexo.

La discriminación indirecta se ha desarrollado, sobre todo, en relación con diferencias de tratamiento de carácter retributivo, en particular, en el campo del trabajo a tiempo parcial<sup>30</sup>. Especialmente importante, en relación con lo mismo, es el Asunto Ruks (STJCE de 24 de febrero de 1994, Asunto 343/92 Ruks), relativo a la aplicación de la Directiva 79/7. En esta ocasión, el TJCE consideró indi-

<sup>27</sup> Esta Convención ha sido adoptada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979, fue ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y ha entrado en vigor en nuestro país el 4 de febrero de 1984.

<sup>28</sup> STC 198/1996, de 3 de diciembre de 1996. F.J. 2.º.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva» (*La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*), Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 102.

<sup>30</sup> ROCCELLA, M., «La significación ...», pág. 202.

rectamente discriminatorio un cierto requisito de ingresos, necesario para conseguir una cierta prestación asistencial, justificado sobre la base de consideraciones de equilibrios presupuestarios. Argumenta el Tribunal que admitir tal causa de justificación comportaría que la aplicación y el alcance del principio de igualdad entre hombres y mujeres pueda variar en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros.

El TC, por su parte, ha introducido el concepto de discriminación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Sentencia 145/1991, de 1 de julio, afirmando que la discriminación indirecta incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios, de los que derivan consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre uno u otro sexo. Posteriormente, el mismo concepto ha sido utilizado en otras sentencias, así en las SSTC de 28 de febrero de 1994 y de 27 de octubre de 1994.

Como se ha dicho anteriormente, la discriminación indirecta se ha desarrollado, especialmente, en materia de igualdad salarial. Concretamente, en este tema, el TC ha impuesto al empleador la utilización de criterios de valoración neutros que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos (STC 58/1994). Y, según el TC «no pueden ser considerados neutros aquellos factores o cualidades predominantemente poseídos por el género masculino, salvo que por la naturaleza del trabajo se requieran dichos factores y dicho trabajo tenga un valor específico diferenciado».

En principio, pues, no cabe adoptar, como criterio dominante de valoración, a efectos de anular una superior retribución, el esfuerzo físico, puesto que se corresponde con los rasgos medios del trabajo del varón.

Y la diferencia que produce un impacto distinto «pasa a ser sospechosa», a menos que se justifique que no se funda en el sexo, sino en las características del trabajo. Sólo así puede prevalecer el criterio y considerarse no discriminatorio.

En un caso típico de discriminación indirecta, hay un criterio de diferenciación, aparentemente neutro, que se aplica por igual a hombres y mujeres pero que como requisito es cumplido proporcionalmente mucho más por hombres que mujeres, favorece a aquéllos y perjudica a éstas. A partir de esta premisa se ha de valorar si esa exigencia o condición es justificable objetivamente, si no es desproporcionada. Y si el criterio diferenciador está justificado y es razonable, ha de entenderse no discriminatorio. Por contra, en la discriminación directa esa razonabilidad no puede ser utilizada para justificar la violación del mandato de parificación<sup>31</sup>.

Por último, la discriminación indirecta exige examinar la norma desde la perspectiva de los efectos que produce en el grupo perjudicado. La discriminación indirecta supone pasar del plano formal al plano de los resultados, pues son los resultados prácticos y no los criterios formales los que han de ser considerados. En consecuencia, los efectos son presupuesto de la noción de discrimina-

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Discriminación ...», pág. 103.

ción indirecta. Y esto tiene relevancia en la fase procesal puesto que la prueba puede y debe incluir el examen de los efectos, abriendo incluso la posibilidad a valoraciones de carácter estadístico. Por tanto, no es la norma sino los efectos en el empleo o trabajo de la misma lo particularmente relevante <sup>32</sup>.

Retomando la clasificación de la discriminación efectuada anteriormente, uno de los tipos de discriminación es la acción afirmativa, entendida como aquel conjunto de medidas dirigidas a eliminar una situación discriminatoria preexistente, cuyo reconocimiento normativo se ha realizado a distintos niveles: internacional, comunitario y nacional.

En el ámbito internacional la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 legitima la adopción de las medidas de acción afirmativa en su artículo 4, al establecer que «la adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal dirigidas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no constituye una discriminación». Además, añade que «tampoco es discriminatoria la adopción por los Estados partes de medidas encaminadas a proteger la maternidad».

Respecto al Derecho comunitario, la redacción originaria del artículo 119 TCEE configuró el principio de no discriminación por razón de sexo en términos estrictamente económicos al establecer que «cada Estado miembro debía garantizar y mantener la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». En consecuencia, las referencias normativas comunitarias a eventuales acciones afirmativas por razón de sexo quedaban fuera del Derecho comunitario originario.

De otro lado, el artículo 2.4 de la Directiva 76/207 incorporó la posibilidad de acciones afirmativas por razón de sexo como una excepción al principio de igualdad formal.

A su vez, los programas de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres han dedicado especial atención a la promoción de las medidas de acción afirmativa desde una perspectiva no vinculante.

En 1992 se adoptó por la Conferencia Intergubernamental el Protocolo sobre Política Social anejo al TCE. A este Protocolo sobre Política Social se incorporó como anexo el Acuerdo sobre Política Social. Pues bien, en el artículo 6.3 del Acuerdo anejo al Protocolo sobre Política Social se legitima la adopción de medidas de acción afirmativa. Así dice el artículo 6.3: «El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales».

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, «Discriminación ...», págs. 103-104.

No obstante, al negarse el Reino Unido a firmar el Acuerdo sobre Política Social, este acuerdo no se incorporó propiamente dicho al TCE.

En 1997 se firmó el Tratado de Amsterdam del que forma parte el Reino Unido. El Tratado de Amsterdam derogó el Acuerdo Sobre Política Social anejo al Protocolo sobre Política Social. Así el artículo 141 (antiguo art. 119 TCEE) del Tratado de Amsterdam, en su párrafo cuarto, se inspira en el artículo 6.3 del Acuerdo anejo al Protocolo sobre Política Social. El artículo 141.4 del Tratado de Amsterdam establece: «Con el 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».

Todo esto ha supuesto el definitivo reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades y, consiguientemente, de las medidas de acción afirmativa para la consecución de la igualdad real. De esta manera, se legitiman en el Derecho originario de la Unión Europea las medidas de acción afirmativa.

Por otro lado, la nueva redacción del artículo 119 TCE, a diferencia del artículo 6.3 del Acuerdo anejo al Protocolo sobre Política Social, establece que las medidas deben ir dirigidas al sexo menos representado, en lugar de a las mujeres. Con lo cual, tales medidas sólo quedan justificadas cuando vayan dirigidas a solucionar problemas de segregación. En consecuencia, se permite la acción afirmativa a favor de los hombres, siempre y cuando existiera segregación<sup>33</sup>.

Descendiendo al ordenamiento jurídico interno español, la CE reconoce la legitimidad de las medidas de acción afirmativa para la consecución de la igualdad real en el artículo 9.2 CE y en el segundo inciso del artículo 14 CE<sup>34</sup>.

Por su parte, el TC desde antiguo ha ratificado la legitimidad constitucional de las medidas de acción afirmativa dirigidas al colectivo de mujeres, incluidas en normas de naturaleza sectorial, aunque no así de las medidas protectoras injustificadas que tienden a perpetuar las desigualdades históricas.

Así, en varias Sentencias (128/1987, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero; 216/1991, de 14 de noviembre; 28/1992, de 9 de marzo, entre otras) el TC ha justificado la adopción de medidas de acción positiva, cuyo objetivo es compensar la situación de inferioridad de la mujer en la vida social y, singularmente, en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo. Más aún, el TC ha señalado que estas medidas pueden exigirse en un Estado social y democrático de derecho como el

<sup>33</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *Relaciones Laborales*, 1998, núm. 18, págs. 52-55.

<sup>34</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva ...», pág. 66.

que la CE consagra, como instrumento para conseguir la efectividad de principios como la justicia y la igualdad (STC 128/1987, de 16 de julio) <sup>35</sup>.

En aplicación de esta doctrina, la STC 128/1987, de 16 de julio, justifica la diferencia de trato en materia de la ayuda por guardería en cuanto instrumento para permitir el acceso al trabajo de la mujer con responsabilidades familiares.

Una vez analizado el aspecto puntual del reconocimiento normativo de la acción afirmativa, es posible definirla y establecer sus clases.

La acción afirmativa recibe distintas denominaciones: desigualdad igualitaria, desigualdad a la inversa, desigualdad integrativa, benigna o el simple privilegio <sup>36</sup>. La acción afirmativa se define como el conjunto de medidas que tienen por finalidad eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real o *de facto* <sup>37</sup>.

En el campo laboral, la acción afirmativa ha de predicarse únicamente respecto de la autonomía colectiva y de los poderes públicos: del legislador, de la Administración Pública, de los Tribunales (en especial, del TC). Es decir, no le corresponde al empresario una función promocional de los derechos en la empresa. En ese sentido, basta con que sea neutral. Ahora bien, el hecho de que no esté obligado, no obsta para que se admita que lleve a cabo actuaciones de este tipo. Por otro lado, esto puede conllevar reclamaciones de otros colectivos para lograr la igualación en el privilegio <sup>38</sup>.

Respecto a las clases de acción afirmativa, existen, por un lado, la acción afirmativa directa y la indirecta y, por otro lado, la acción afirmativa de objetivos y la acción afirmativa de resultados.

En primer lugar, la acción afirmativa indirecta, admitida tanto en el Derecho comunitario como en nuestro ordenamiento interno, es aquella medida que, aun teniendo un contenido neutro por no estar dirigida expresamente a un determinado colectivo, tiene la virtualidad de ayudar a superar una situación de marginación en atención al colectivo que mayoritariamente se vaya a beneficiar de ella. Por ejemplo: la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo <sup>39</sup>.

A su vez, la acción afirmativa puede ser acción afirmativa de objetivos o acción afirmativa de resultados. La primera es aquella en la que el beneficio que supone para sus destinatarios se diluye

<sup>35</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «La aplicación de la ...», págs. 230-231.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 190.

<sup>37</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva ...», pág. 56.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones ...*, pág. 191.

<sup>39</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva ...», págs. 56-57.

socialmente por tener como finalidad la actuación sobre el punto de salida. Por ejemplo: ayudas públicas a la contratación. Por su parte, la acción afirmativa de resultados actuaría directamente para la consecución de un determinado resultado. Por ejemplo: cuotas a la contratación <sup>40</sup>.

El último aspecto, que se trata en este apartado, es el problema de los límites de las medidas de acción afirmativa. El punto de partida es el artículo 2.4 de la Directiva 76/207. La Directiva es bastante abierta, permite medidas de acción positiva, pero no determina sus límites, en cuanto excepciones a la regla general de la paridad de trato <sup>41</sup>.

Por su parte, la doctrina había expresado que al ser una derogación al principio de igualdad de trato, la excepción debía ser interpretada restrictivamente. De este modo, los autores sostenían inicialmente que la medida debería ser un *ultimum remedium* en una situación específica, por ejemplo, cuando haya una muy seria y estructural infrarrepresentación de mujeres y que debería aplicarse únicamente de forma temporal.

En esta materia, el TJCE vino a poner fin a estas conjeturas doctrinales pronunciándose en, al menos, dos ocasiones, a saber: STJCE Kalenke-Freiehanstedt, de 17 de octubre de 1995 y STJCE Marschall-Land Nadhein-Westfalen, de 11 de noviembre de 1997, siendo éstas recíprocamente complementarias.

En la STJCE Kalenke, el TJCE señaló que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debía interpretarse restrictivamente. Además, el Tribunal afirmó que «va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato, una norma nacional que garantice la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción». Así, la sentencia sólo declara incompatible con la Directiva un régimen de «preferencia absoluta e incondicional». *A sensu contrario*, se admiten las fórmulas de preferencia en favor de la mujer que no sean absolutas, incondicionales e inflexibles sino «proporcionales», razonables <sup>42</sup>.

En la sentencia Marschall, el TJCE justificó la legalidad de la norma en cuestión (norma que contenía una medida de acción positiva), afirmando que, «a diferencia de lo que ocurría con el caso Kalenke, una norma nacional no se extralimita si, en cada caso particular, garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato del sexo masculino. No obstante, tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas».

<sup>40</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva ...», pág. 58.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Discriminación ...», pág. 108.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Discriminación ...», pág. 111.

De este modo, el TJCE clarifica que la frontera entre legalidad e ilegalidad de las medidas de acción afirmativa se encuentra en el hecho de que el sexo tiene que ser un factor a considerar en el momento de conceder la preferencia, pero no el único. Además, el resto de los factores a tener en cuenta, junto al sexo, no pueden implicar una discriminación indirecta para el colectivo de mujeres, pues esto neutralizaría la medida de acción afirmativa y constituiría una discriminación.

Todo esto supone que, probada la existencia de unos méritos mayores en el candidato masculino, el no haberlo tenido en cuenta para aplicar la preferencia a la candidata femenina por haber superado el listón de capacidad mínima, constituye un supuesto de discriminación inversa (y, consiguientemente, ilegal por contraria al Derecho comunitario) porque el sexo ha sido el único elemento considerado para aplicar la preferencia <sup>43</sup>.

En definitiva, la delimitación entre acción afirmativa (legal) y discriminación inversa (ilegal) no se encuentra en el modo de la acción sino en su grado. Lo relevante no es si se trata de una medida que pretenda objetivos o resultados, sino de si el sexo es el único factor tenido en cuenta a la hora de establecer una preferencia de contratación.

Esta conclusión se aplica no sólo a las medidas de acción afirmativa dirigidas a las mujeres, sino también a aquellas otras destinadas a cualquier colectivo marginado del mercado de trabajo <sup>44</sup>.

#### **4. Igualdad, discriminación y negociación colectiva.**

El artículo 3.2 de la Directiva 76/207 señala que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que ... se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los Convenios Colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de los empresarios, así como en los Estatutos de las profesiones independientes».

No obstante lo dispuesto en la Directiva 76/207, en nuestro país hay muchos Convenios Colectivos que mantienen discriminaciones tanto directas como indirectas por razón de sexo. En consecuencia, los procedimientos de control de legalidad de los Convenios (art. 905 ET) parecen ser insuficientes.

De otro lado, en los Convenios Colectivos es frecuente la ausencia de regulación específica en materias como compatibilización de vida profesional y responsabilidades familiares y maternidad <sup>45</sup>.

<sup>43</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva ...», págs. 64-65.

<sup>44</sup> BALLESTER PASTOR, A., «Reserva ...», pág. 75.

<sup>45</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «La aplicación de la ...», pág. 225.

La persistencia de cláusulas discriminatorias es más frecuente en los Convenios de ámbitos reducidos de aplicación (empresa o provincial) y, por sectores, en el de servicios (el más feminizado de todos los sectores productivos en todos los Estados miembros de la Unión Europea).

Por último, la persistencia de las cláusulas discriminatorias es superior en aquellos Convenios en los que la influencia de las ordenanzas de trabajo preconstitucionales es más fuerte y, sobre todo, en materia de clasificaciones profesionales <sup>46</sup>.

En fin, la situación ha mejorado en los últimos años y son notables los esfuerzos que se están realizando a este respecto por los sindicatos <sup>47</sup>.

## 5. Procedimientos de tutela y sanciones.

El artículo 6 de la Directiva 76/207 señala: «Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes».

Aunque la norma comunitaria no menciona la imposición, en su caso, de sanciones, esta laguna ha sido colmada por el TJCE (STJCE de 19 de abril de 1984, Asunto Van Colson y Kammam contra Land Nordrhein- Westfalen; STJCE de 10 de abril de 1984, Asunto 79/83 Hart contra Deutsche Iradaz). En este sentido, el TJCE ha declarado que «la efectiva igualdad de oportunidades no puede ser conseguida sin un adecuado sistema de sanciones». Ahora bien, el TJCE ha reconocido que el ordenamiento comunitario «no impone una sanción determinada».

No obstante, el TJCE ha precisado que no se puede entender conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que prevea, en relación a la violación del principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, el derecho a un resarcimiento del daño de valor irrisorio, estando el legislador nacional obligado a establecer sanciones efectivas, adecuadas y dotadas de eficacia preventiva.

En definitiva, la jurisprudencia sentada por este Tribunal ha intentado respetar en la medida de lo posible las opciones de los ordenamientos nacionales, en relación con el tipo de sanción aplicable pero no ha legitimado sanciones puramente formales, es decir, sin relación alguna con el daño realmente sufrido por el sujeto discriminado. Y tampoco ha consentido que la aplicación de eximentes, contempladas por el Derecho nacional, pueda comprometer el éxito de una acción por resarcimiento de daños.

<sup>46</sup> *Ibidem*, «La aplicación de la ...», pág. 225.

<sup>47</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «La aplicación de la ...», pág. 226.

En el caso Marschall II (STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto 271/91), el TJCE ha dicho que el Derecho comunitario no permite a los legisladores nacionales establecer *a priori* el importe máximo del resarcimiento que puede ser concedido a quien haya sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo.

En el ordenamiento jurídico español, el procedimiento específicamente dirigido a la tutela frente a la discriminación por razón de sexo, es el regulado en los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL). Pues bien, todos los Programas europeos para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres proclaman la inadecuación de los procedimientos de defensa establecidos en los Estados miembros, entre ellos España. Y alegan, en primer término, la insuficiencia e inadecuación de la legitimación activa individual como única admisible para la incoación de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, pues el miedo a las represalias lleva a las víctimas de actuaciones discriminatorias a no utilizarlos.

Partiendo de este hecho y con la finalidad de proteger a las víctimas, se propone a los Estados miembros la ampliación de la legitimación activa, bien en sustitución bien en coadyuvancia de las víctimas, a los sindicatos o a las asociaciones u órganos privados o públicos, encargados específicamente de la defensa y control de aplicación del principio de igualdad de trato. Y esta propuesta ha sido acogida parcialmente en la STS de febrero de 1994 al reconocer la legitimación activa a un sindicato para incoar un procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales en un supuesto de discriminación por razón de sexo en materia de contratación.

También se denuncia la inadecuación de los medios y principios tradicionales en materia de prueba, teniendo en cuenta que quien está en mejores condiciones de probar es el demandado (normalmente el empleador). En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha introducido la inversión de la carga de la prueba en el artículo 96 LPL al señalar que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas y de su proporcionalidad».

Además, en materia de prueba, teniendo en cuenta que los conocimientos de los jueces en el tema de la discriminación son insuficientes y la dificultad en la detección de las situaciones de discriminación indirecta, se aconseja la utilización de la prueba de asesores o expertos. Este medio probatorio se prevé en el artículo 95.3 LPL, al señalar que «cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes».

No obstante, el recurso al dictamen de expertos plantea dos problemas. El primero es su carácter potestativo (el juez no tiene por qué solicitarlo sino que puede hacerlo). Y, de otro lado, la norma no concreta qué ha de entenderse por «organismos públicos competentes». Ante el silencio normativo, se considera que la norma puede referirse a los Institutos de la Mujer (nacional o autonómicos) o a la Inspección de Trabajo o, en su caso, a ambos <sup>48</sup>.

<sup>48</sup> *Ibidem*, T., «La aplicación de la ...», págs. 227-228.

Por lo que se refiere a las sanciones, las previstas en nuestro ordenamiento jurídico son de dos tipos. En primer término, en el artículo 17 ET se dispone la nulidad para toda norma de cualquier rango, incluidas las cláusulas convencionales, los pactos y las decisiones empresariales de carácter discriminatorio. Esta medida es adecuada para la sanción de las actuaciones discriminatorias pero no lo es para los supuestos de discriminación por omisión (ejemplo: un rechazo a la contratación o a la prórroga de un contrato por razones discriminatorias) puesto que no se puede anular algo que no se ha realizado <sup>49</sup>.

De otro lado, el artículo 96.12 ET tipifica como infracciones muy graves del ordenamiento jurídico laboral «las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones (...) en materia de retribuciones, jornada, formación, promoción y demás condiciones de trabajo por circunstancias de ... sexo». Asimismo, el artículo 28.2 de la LISOS califica como infracción muy grave en materia de empleo y contratación «establecer condiciones mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones (...) para el acceso al empleo por motivos de (...) sexo».

De la dicción de estos preceptos no resulta clara la posibilidad de sancionar una decisión empresarial de no contratar a determinado candidato por causa de su sexo. A pesar de la ausencia de claridad, se dice que debería entenderse que las decisiones discriminatorias del empleador en materia de contratación son igualmente sancionables puesto que tanto el TJCE como el TC incluyen el acceso al empleo dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación. Si esto no se entendiese así, habría que concluir la insuficiente transposición de la Directiva 76/207. Además, el juez nacional está obligado a interpretar las normas internas de forma que las haga compatibles con las comunitarias (efecto indirecto de las Directivas comunitarias) y la norma comunitaria exige la sanción de todo tipo de discriminación <sup>50</sup>.

Las actuaciones previstas en los artículos 96.12 ET y 28.2 LISOS se tipifican como infracciones muy graves y a éstas se les sanciona con multa de 500.001 a 15.000.000 de pesetas en función de su gravedad (art. 37.4 LISOS).

Por último, el artículo 180.1 *in fine* de la LPL prevé la posibilidad de reconocer indemnizaciones resarcitorias de los daños causados por la conducta lesiva. Puesto que la norma no establece criterio alguno de cuantificación de la indemnización correspondiente ni tampoco topes máximos, esta materia se deja a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional. De todas formas, la fijación de la indemnización sólo puede realizarse tras la demostración de los daños y perjuicios ocasionados.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, «La aplicación de la ...», pág. 228.

<sup>50</sup> *Ibidem*, «La aplicación de la ...», págs. 228-229.

## **6. Especial referencia a la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.**

Esta materia se engarza con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207. Este precepto hace referencia a disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Y se presenta como una excepción al principio de igualdad de trato. Ocurre que la maternidad es casi la única situación que admite diferencias de trato entre hombres y mujeres. En términos generales, cabe proteger a la trabajadora madre pero no tanto a la trabajadora que no reúna dicha condición.

Este tema se regula en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El origen de la Directiva se encuentra en el Programa de Acción de la Comisión de la CEE, sobre la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Y la Directiva se fundamenta en el artículo 118. A, párrafo 1.º, TCE.

Además, la Directiva se presenta como una norma específica con arreglo al apartado 1.º del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, donde se dice que: «A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118. A) del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo».

En cuanto a los derechos sustantivos que se reconocen en la Directiva 92/85/CEE y en relación a los riesgos, se establece que la obligación de evaluar los riesgos (el anexo I de la Directiva recoge una lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo de cuya exposición pueden derivarse riesgos) y de determinar las medidas a adoptar recae, como así sucede en materia de prevención de riesgos en general en nuestra legislación interna, en los empresarios.

Si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario deberá tomar las medidas necesarias para evitarlo, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Si esto no es posible, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada. Y, si esto no se pudiera hacer, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud (art. 5 de la Directiva).

Respecto al trabajo nocturno, el artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE dispone la inexigibilidad de realizar trabajos nocturnos durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud. Para ello, será preciso la presentación de un certificado médico. En este supuesto, se le debe ofrecer a la trabaja-

dora afectada un traslado a un trabajo diurno. Y cuando dicho traslado no sea posible, se le concede a la misma una dispensa de trabajo o una prolongación del permiso de maternidad.

Además, el artículo 9 de la Directiva 92/85/CEE reconoce a las mujeres el derecho a disfrutar de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales, en el caso de que éstos deban tener lugar durante el horario de trabajo.

Por otro lado, en cuanto a las sanciones, el artículo 12 de la Directiva 92/85/CEE establece que los Estados miembros incorporarán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier trabajadora, que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y/o, de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, mediante el recurso a otras instancias competentes.

Descendiendo al ordenamiento jurídico interno español, la falta de una regulación legal en esta materia ha provocado que adolezca de un tratamiento global y adecuado. Así, nuestro ordenamiento se ha caracterizado en este punto por un manifiesto retraso histórico, pues el tema ha sido incidentalmente tratado en el plano legislativo hasta la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales <sup>51</sup>.

De esta manera, el ET no abordó el tema y la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971 contenía algunas menciones indirectas [arts. 7.6 y 140.3 a)] <sup>52</sup>.

Existía una regulación aislada en otras normas legales, como, por ejemplo, cuando hubiera exposición a radiaciones y radiaciones ionizantes o la prohibición de fumar tabaco en áreas laborales donde trabajasen mujeres embarazadas.

A su vez, el artículo 21.1 c) de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, se refiere al embarazo y a la lactancia y a la acomodación de la actividad laboral a un trabajo compatible con tales situaciones, si bien es una mención general falta de una mayor articulación <sup>53</sup>.

Por su parte, los pilotos, auxiliares y demás personal femenino de vuelo tienen un régimen particular. Al no poder realizar su cometido habitual por razón de su embarazo, incurren en situación de baja por incapacidad temporal en base a enfermedad común, siempre que tal personal no pueda ser empleado en otro puesto de trabajo compatible con su estado. La base legal para mantener tal criterio está en la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1990, sobre Aviación Civil.

<sup>51</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, «La aplicación de la Directiva 92/85 en España» (*La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*), Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 268-269.

<sup>52</sup> *Ibidem*, «La aplicación de la ...», pág. 269.

<sup>53</sup> *Ibidem*, «La aplicación de ...», pág. 269.

Fuera de esta dispersión normativa, no existía una regulación general sobre el tema estando, por consiguiente, a lo que la negociación colectiva y las reglamentaciones de trabajo establecieran, en cada caso. Pero esto era relativamente infrecuente y limitado a ciertos Convenios Colectivos <sup>54</sup>.

Con la promulgación de la Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, se colma el vacío existente, protegiendo en su artículo 26 a las trabajadoras en situación de maternidad, parto reciente o en período de lactancia. El artículo 26 LPRL transpone la Directiva 92/85/CEE (la Directiva contemplaba un período transitorio de dos años, terminado el 19 de octubre de 1994) y es una concreción del artículo 25.1 LPRL.

El artículo 25.1 LPRL, en su párrafo primero, obliga al empresario a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

Se trata de trabajadores a quienes potencialmente les afectan más los riesgos derivados del trabajo que al resto, precisamente por sus características personales. La especial sensibilidad, pues, se halla en el trabajador y no en el puesto de trabajo, de modo que el trabajo podría realizarse, sin necesidad de singulares medidas de prevención, por cualquier otro trabajador que no reuniera tales características <sup>55</sup>. Pues bien, entre los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo están las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o en período de lactancia.

Centrando el estudio en el artículo 26 LPRL, el precepto no define lo que ha de entenderse por trabajadora en situación de embarazo, parto reciente o en período de lactancia. A su vez, el artículo 2 de la Directiva 92/85 remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Por consiguiente, es necesario un desarrollo reglamentario de la LPRL.

El artículo 26.1 LPRL establece que la evaluación de los riesgos ha de comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. El artículo 4.7 LPRL, por su parte, define las condiciones de trabajo.

Si los resultados de la evaluación revelan un riesgo (basta que éste exista, sin que se exija graduación o gravedad alguna) <sup>56</sup> para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o lactancia de las trabajadoras, el primer nivel de medidas que el empresario ha de adoptar lo

<sup>54</sup> *Ibidem*, «La aplicación de ...», pág. 270.

<sup>55</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*, págs. 37-38.

<sup>56</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Protección ...*, pág. 43.

constituye la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, la cual, en consecuencia, sigue desarrollando las mismas funciones.

A su vez, si el trabajo nocturno o el trabajo a turnos es inadecuado para la situación de embarazo o lactancia, se exime a la trabajadora de prestar trabajo nocturno. En este sentido, es preciso mencionar el párrafo segundo del artículo 36.4 ET (relativo al trabajo nocturno). Se recuerda que en el caso de que no sea posible el traslado a un puesto diurno, el artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE prevé la dispensa del trabajo o una prolongación del permiso de maternidad. El artículo 26.1 LPRL omite ambas opciones.

Por su parte, el artículo 4.2 LPRL establece que los resultados de la evaluación de los riesgos han de ser comunicados a las trabajadoras afectadas.

El segundo nivel de medidas a adoptar se contiene en el párrafo segundo del artículo 26 LPRL. Estas medidas se aplican solamente cuando las medidas del primer nivel no sean posibles o cuando, aún habiéndose adoptado, el puesto de trabajo siga siendo susceptible de repercutir desfavorablemente sobre la trabajadora embarazada o sobre el feto. Este último aspecto debe ser acreditado por certificado expedido, tras la Ley 39/1999<sup>57</sup>, en materia de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

En efecto, la nueva disposición legislativa concede también a las Mutuas la facultad de expedir el certificado médico pertinente. Una vez presentado éste, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

Previa consulta con los representantes de los trabajadores, el empresario ha de determinar la relación de puestos exentos de riesgos a estos efectos. Además, el cambio de puesto o función se ha de llevar a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se aplican en los supuestos de movilidad funcional (art. 39 ET) y tiene efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que no exista puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora puede ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conserva el

<sup>57</sup> Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999). La extensión a las Mutuas de la facultad de certificar el posible riesgo que pueda correr la trabajadora embarazada, permaneciendo en su puesto de trabajo, es una de las novedades que aporta esta disposición legal. Así, se da una nueva redacción al párrafo 2.º del artículo 26 LPRL. Sin embargo, no se ha modificado este aspecto, por lo que atañe al período de lactancia. En efecto, a pesar de que el párrafo 4.º extiende la aplicación del párrafo 2.º a este concreto período, mantiene la regulación anterior, al decir que el encargado de expedir el certificado es el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora. Acudiendo a una interpretación conjunta de estos dos apartados, se puede sobrentender que en ambos supuestos se concede esta potestad a las Mutuas.

derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen, salvo realización de funciones de superior encuadramiento profesional (art. 39.3 ET). Éste es el tercer nivel de medidas <sup>58</sup>.

La reciente Ley 39/1999, sobre la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, añade un último supuesto, colmando así, la laguna que presentaba la LPRL en esta materia. Esta ley prevé el caso en que no pueda garantizarse a la trabajadora el cambio de puesto de trabajo. En estas circunstancias, el empresario puede declarar a la misma en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. De esta manera, se da una respuesta explícita a un tema que la negociación colectiva reconducía a la situación de incapacidad temporal <sup>59</sup>.

En efecto, Ley 39/1999, de 5 de noviembre, crea una nueva causa de suspensión del contrato laboral, suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y la ubica junto a la maternidad (ésta, a su vez, desde 1994 está separada de la incapacidad temporal <sup>60</sup>) en el apartado d) del artículo 45 ET. Sin embargo, asigna a este supuesto una específica prestación de la Seguridad Social en el nuevo capítulo que se inserta en el Título II de la LGSS, Capítulo IV TER.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente, cuyo pago corresponde a la Entidad Gestora. De lo dicho hasta ahora se podría deducir que esta prestación se encuentra a caballo entre la prestación por incapacidad temporal (con un subsidio del 60% de la base reguladora) y la prestación por maternidad (con un subsidio del 100% de la base reguladora).

Y la trabajadora afectada permanecerá en la situación de suspensión del contrato por riesgo, según dice el artículo 26.3 LPRL, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Estos parámetros temporales, un tanto imprecisos, se concretan en el nuevo apartado 5 del artículo 48 ET. Este apartado se añade con la Ley 39/1999.

En efecto, el artículo 48 ET pone término a la suspensión del contrato en el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

<sup>58</sup> Con la mención del conjunto de retribuciones de su puesto de origen, quizá, se quiere decir que se conservan todas las retribuciones del anterior puesto y, por tanto, también sus complementos. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Protección ...*, pág. 46.

<sup>59</sup> VALLE MUÑOZ, F. A., *La Protección Laboral de la Maternidad, Paternidad y Cuidado de Familiares*, Madrid (Colex), 1999, pág. 136. El autor menciona, en nota al pie, el Convenio Colectivo estatal de empresas concesionarias de aparcamientos de vehículos (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1998). En el artículo 75 de esta norma se dice: «Si se demostrase en supuestos de maternidad que el puesto de trabajo que ocupa representa riesgo apreciable para la trabajadora, la Dirección propiciará, si ello estuviere a su alcance, un cambio de puesto de trabajo que elimine dicha situación de riesgo apreciable, durante el tiempo que dure la situación de embarazo. De no ser así, la trabajadora podrá acogerse, si así lo reconoce el servicio médico de la Seguridad Social, a la situación de incapacidad temporal».

<sup>60</sup> Se recuerda que la Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modificó la LGSS, al regular el permiso de maternidad separado de la incapacidad temporal. Y establece como situaciones protegidas: la maternidad, la adopción y el acogimiento previo.

Por lo demás, el apartado tercero del artículo 26 LPRL extiende lo dispuesto en los números 1.º y 2.º del precepto al período de lactancia, si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, lo que se acredita con la presentación del certificado médico correspondiente.

Por otro lado, el artículo 26.4 LPRL reconoce el derecho de las trabajadoras embarazadas a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo. En correspondencia con ello, la disposición undécima de la LPRL modifica el Estatuto de los Trabajadores, añadiendo la letra f) a su artículo 37.

En este punto, se ha superado lo dispuesto en la Directiva, al extender el derecho de ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, a la realización de técnicas de preparación al parto, pues esta facultad no se menciona en el artículo 9 de la Directiva 92/85/CEE <sup>61</sup>.

Y el artículo 48.1 LPRL tipifica como infracción muy grave la inobservancia de estas normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.

Por último, la disposición derogatoria única de la LPRL deroga expresamente el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en lo relativo al trabajo de las mujeres.

## 7. Política sobre igualdad de trato.

En este apartado se realiza un análisis de la política sobre igualdad de trato, procedente tanto de la Comunidad Europea como del Estado español.

Comenzando con la primera el 19 de julio de 1995 la Comisión presentó su Cuarto Programa de Acción Comunitaria para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000). El Programa recoge tres objetivos globales:

- 1.º Integrar la igualdad de oportunidades en las otras políticas comunitarias. Con este fin, se ha creado el Grupo de Comisarios para la Igualdad de Oportunidades;
- 2.º Reforzar el principio de coordinación entre los distintos actores en esta área. En esta dirección, supone un paso importante la modificación del Comité Consultivo para la Igualdad de Oportunidades, definiendo con mayor precisión su papel y ampliando sus miembros;

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, *Protección ...*, pág. 47.

3.º Robustecer los principios de complementariedad y coordinación, mediante la creación de ANIMA, la estructura integrada de *clearing house* y de coordinación.

Una vez expuesta la política sobre igualdad de trato de la CE, procede realizar el mismo estudio en relación con España.

Desde la creación del Instituto de la Mujer, en octubre de 1983, se han desarrollado una serie de acciones positivas que se enmarcan en el Primer y Segundo Plan de Igualdad de Oportunidades.

Así, el 25 de septiembre de 1987 se aprobó el Primer Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1988-1990) por el Consejo de Ministros. En este Plan se pone de manifiesto que, pese a los avances conseguidos en los últimos años, la mujer encuentra aún muchos obstáculos para hacer compatible su vida profesional y política con su vida familiar y para ser aceptada en trabajos considerados tradicionalmente como masculinos, así como para desempeñar responsabilidades políticas.

En 1993 se aprobó el II Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1993-1995), entre cuyos objetivos destacan las responsabilidades domésticas, el acceso de las mujeres a los puestos de decisión, etc.

Y el 7 de marzo de 1997 fue aprobado por el Consejo de Ministros el III Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres para el período 1997-2000. Este Plan se dirige a la consecución de los siguientes objetivos: promover el pleno acceso de las mujeres a los derechos sociales y económicos; facilitar la incorporación de las mujeres al mundo laboral; promover la actividad empresarial de las mujeres; impulsar cambios y transformaciones estructurales que favorezcan la incorporación, permanencia y promoción de las mujeres en el mercado laboral; y conciliar la vida familiar y laboral de hombres y mujeres.

De otra parte, en septiembre de 1997 se celebró en Beijing (China) la IV Conferencia sobre la mujer «Igualdad, Desarrollo y Paz». En este foro se contrajeron una serie de compromisos y, entre ellos, destaca el compromiso de conseguir el equilibrio entre mujeres y hombres en los órganos y comités gubernamentales, en la Administración Pública y la judicatura para lograr una representación paritaria, incluso mediante medidas positivas.

### III. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LEGISLACIÓN

En este apartado se ha pretendido recopilar toda la normativa dictada en desarrollo del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Con tal fin, se ha actuado en una triple dimensión: internacional, comunitaria y nacional. En cualquier caso, las normas que se enuncian a continuación forman parte del ordenamiento jurídico español.

1919:

- Convenio núm. 3 relativo a la protección de la maternidad, adoptado por la OIT el 29 de noviembre de 1919. Ratificado por España el 13 de julio de 1922. Publicado en la Gaceta el 15 de julio de 1922.
- Convenio núm. 4 relativo al trabajo nocturno de mujeres, adoptado por la OIT el 28 de noviembre de 1919. Ratificado por España el 8 de abril de 1932. Publicado en la Gaceta el 14 de abril de 1932.

1921:

- Recomendación núm. 12 sobre la protección de la maternidad (agricultura), adoptada en la 3.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, del 25 de octubre al 19 de noviembre de 1921.

1935:

- Convenio núm. 45 relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, adoptado el 21 de junio de 1935, por la Conferencia General de la OIT en su 19.ª reunión. Ratificado por España el 12 de junio de 1958. BOE núm. 200, de 21 de agosto de 1959.

1948:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- Convenio núm. 89, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948), adoptado por la OIT el 9 de julio de 1948. Ratificado por España el 12 de junio de 1958. BOE de 21 de agosto de 1959.
- Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, adoptado el 9 de julio de 1948 por la Conferencia General de la OIT en su trigésima reunión. BOE núm. 200, de 21 de agosto de 1959.

1950:

- Convenio de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979. BOE núm. 243, de 10 de octubre.

1951:

- Convenio núm. 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado por la OIT en 1951. BOE núm. 208, de 31 de agosto de 1966.

1952:

- Convenio núm. 103, relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952), adoptado por la OIT el 28 de junio de 1952. Ratificado por España el 26 de mayo de 1965. BOE núm. 208, de 31 de agosto de 1966.
- Recomendación núm. 95, relativa a la protección de la maternidad de 1952.

1957:

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957 (art. 119).
- Decreto de 26 de julio de 1957, fija los trabajos prohibidos a las mujeres y a los menores. BOE núm. 217, de 26 de agosto.

1961:

- Carta Social Europea, proclamada el 18 de octubre de 1961. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980. BOE núm. 153, de 26 de julio.

1975:

- Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos. Publicada el 19 de febrero de 1975.
- Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, 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 profesional y a las condiciones de trabajo. Publicada el 14 de febrero de 1976.

1978:

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre.

- Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Publicada el 10 de enero de 1979.

1979:

- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, adoptada por las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Ratificada por España por Instrumento de 16 de diciembre de 1983.

1981:

- Convenio núm. 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado por la OIT el 23 de junio de 1981, en Ginebra. BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1985.
- Decisión 82/43, de 9 de diciembre de 1981, relativa a la creación de un Comité Consultivo para la Igualdad de Oportunidades entre las Mujeres y los Hombres. Publicada el 28 de enero de 1982.

1982:

- Resolución de 12 de julio de 1982, relativa a la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer. Publicada el 21 de julio de 1982.

1984:

- Resolución de 7 de junio de 1984, relativa a combatir el paro de las mujeres.
- Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de las mujeres. Publicada el 19 de diciembre de 1984.

1985:

- Resolución 85/c 166/01, de 3 de junio de 1985, incluye un programa de acción para la igualdad de oportunidades de las jóvenes y los jóvenes en lo que se refiere a la educación.

1986:

- Resolución de 11 de junio de 1986, sobre agresiones contra las mujeres. Publicada el 14 de julio de 1986.

- Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. Publicada el 12 de agosto de 1986.
- 2.ª Resolución 86/c 203/02, de 24 de julio de 1986, relativa a la igualdad de oportunidades para las mujeres. Publicada el 12 de agosto de 1986.
- Directiva 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidos los agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. Publicada el 19 de diciembre de 1986.

1987:

- Recomendación 87/567/CEE, de 24 de noviembre de 1987, sobre la formación profesional de las mujeres.

1988:

- Resolución de 10 de marzo de 1988, sobre el no respeto de las directivas en materia de igualdad de trato para mujeres y hombres (el problema de las discriminaciones indirectas). Publicada el 11 de abril de 1988.
- Resolución de 10 de marzo de 1988, sobre la mujer y el empleo. Publicada el 11 de abril de 1988.
- Resolución 88/C 333/01, de 16 de diciembre de 1988, sobre la reintegración profesional y la integración profesional tardía de las mujeres. Publicada el 28 de diciembre de 1988.
- Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas. BOE núm. 46 de 23 de febrero.

1989:

- Declaración de 9 de diciembre de 1989, por la que se aprobó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.
- Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOCE núm. L 183/1 de 26 de junio de 1989.

- Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y establece medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. BOE núm. 57 de 8 de marzo de 1989.

1990:

- Protocolo de 1990, relativo al Convenio sobre el trabajo nocturno de 1948.

1991:

- Resolución de 21 de mayo de 1991, sobre el 3.º Programa de Acción Comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades para las mujeres y los hombres. Publicada el 31 de mayo de 1991.
- Resolución de 8 de octubre de 1991, sobre las repercusiones de la sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto 109/88 sobre igualdad de trato para hombres y mujeres. Publicada el 28 de octubre de 1991.
- Recomendación 92/131/CEE, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual. Publicada el 24 de febrero de 1992.
- Resolución de 13 de diciembre de 1991, sobre la aplicación de la 3.ª Directiva del Consejo relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato para hombres y mujeres en materia de seguridad social (79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978). Publicada el 20 de enero de 1992.
- Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el Código práctico encomendado a combatir el acoso sexual. Publicada el 4 de febrero de 1992.

1992:

- Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (Protocolo 2.º y art. 6 del Acuerdo, anejo al Protocolo sobre Política Social celebrado entre todos los Estados miembros a excepción del Reino Unido).
- Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. DO L. núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

- Recomendación 92/241/CEE, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas. Publicada el 8 de mayo de 1992.
- Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo. BOE núm. 186, de 4 de agosto.
- Orden de 6 de agosto de 1992, relativa a las profesiones en las que se considera que la mujer está subrepresentada.

1994:

- Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación. BOE núm. 122, de 23 de mayo.
- Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1994.

1995:

- Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del Permiso Parental y por Maternidad. BOE núm. 71, de 24 de marzo.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995.
- Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre.

1997:

- Tratado de Amsterdam, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en junio de 1997, en Amsterdam (modifica el art. 119 TCEE).
- Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de noviembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. DOCE de 20 de enero de 1998.
- Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de seguridad social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

1998:

- Orden de 16 de septiembre de 1998, por la que se fijan las profesiones en las que se considera que la mujer está subrepresentada.

1999:

- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1999.

## BIBLIOGRAFÍA

La autora, además de la bibliografía referenciada expresamente en las notas a pie de página, ha consultado:

- BLAT GIMENO, M.<sup>a</sup> T., «La política sobre igualdad de trato de la Comunidad Europea», en *Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- CARUSO, B., «La aplicación judicial de las normas sobre la igualdad de trato», en *Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- CURELL GOTOR, J., «La política sobre igualdad de trato de la Comunidad Europea», en *Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. «Igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid (Marcial Pons), 1992.
- FONSECA MORILLO, F., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentario*. Volumen II, Madrid (McGraw-Hill), 1998.
- INSTITUTO DE LA MUJER, *Código de la Mujer*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Instituto de la Mujer), 1992.
- INSTITUTO DE LA MUJER, *III Plan para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 1997 -2000*. Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales e Instituto de la Mujer), 1997.
- INSTITUTO DE LA MUJER, *Normativa Comunitaria en materia de igualdad de trato. Recopilación actualizada a 30 de noviembre de 1992*, Madrid (Comisión de las Comunidades Europeas, Ministerio de Asuntos Sociales e Instituto de la Mujer), 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», en *Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997. M. «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer», *Relaciones Laborales*, 1992, núm. 2.
- SPALTER-ROTH, R., *What do Unions do for women? Restoring the promise of american labor law, United States of America* (Friedman, Hurd, Oswald y Seeber), 1994.
- SZYSZCZAK, E., «La significación y alcance de la Directiva sobre protección de la maternidad», en *Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997.