

# ACOSO LABORAL DE GÉNERO, EN RELACIÓN CON LA NUEVA LEY PARA LA IGUALDAD. ESPECIAL INCIDENCIA EN LA MUJER TRABAJADORA

MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ PÉREZ

*Doctoranda de la Facultad de Derecho.  
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique De La VILLA GIL, doña Teresa Díez MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

## Extracto:

ANTE el acoso laboral, su estudio implica una significativa conclusión, que son las mujeres, en su mayoría, las principales víctimas de este tipo de conductas. El citado análisis debe hacerse, dentro del entramado normativo en el que nos encontramos, a veces complicado y teniendo en cuenta la gran novedad que supone la promulgación de la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El acoso laboral es el concepto que precisa y delimita dos tipos de conductas nocivas en el ámbito laboral: el acoso sexual y el *mobbing*, entendido este último en su vertiente moral y psicológica (acoso moral y psicológico en el trabajo \*).

Para comenzar, hay que mencionar la situación de la mujer en el mercado de trabajo, en la actualidad. La progresiva incorporación de la mujer al ámbito laboral ha supuesto una alteración de los esquemas tradicionales, allí donde la población activa femenina ha elevado su cuota de participación. Esta participación de la mujer en el mercado remunerado es uno de los cambios sociales más relevantes, que han tenido lugar en los últimos años y presenta aspectos innegablemente positivos.

Son obvias las dificultades de inserción laboral de las mujeres trabajadoras. Los valores sociales son mucho más difíciles de modificar, pues afectan a una serie de rasgos fuertemente arraigados en la sociedad. Poco a poco van cambiando los patrones de comportamiento. A pesar de que las mujeres dedican un mayor tiempo de sus vidas a la formación y exigen una mayor satisfacción profesional, muchas veces no consiguen su realización laboral debido a los obstáculos e impedimentos que tienen que sortear. Las mujeres actualmente llevan su cultura y su propio modelo a la empresa y a las relaciones profesionales.

.../...

\* En el daño moral se atenta mediante medidas que persiguen el desprestigio personal y profesional, atentando hacia las características personales y la vida privada del trabajador y su trascendencia en el ámbito laboral. El daño psicológico aparecerá tarde o temprano y dependerá de la fortaleza del agredido. Se trata de la búsqueda del desequilibrio emocional de la víctima mediante todo tipo de maniobras organizativas y medidas de aislamiento social fundamentalmente. Puede existir un trastorno previo que se agrave o que el mismo aparezca a raíz de la persecución a la que se ve sometida la víctima. Es preciso descartar trastornos ajenos al entorno laboral.

.../...

Todavía hay sectores masculinizados y feminizados. Son patentes las desigualdades en el empleo y en los salarios. Dicha realidad contribuye a la perpetuación de tal estado. Los trabajos que las mujeres realizan predominantemente están peor retribuidos que aquellos otros que, de forma mayoritaria, realizan los hombres. Como se comprobará, la barrera jerárquica sí existe. Existe una realidad distinta para los hombres y las mujeres en el ámbito laboral.

Porque la lucha por la igualdad sustancial de la mujer en las sociedades avanzadas pasa inexcusablemente por el reequilibrio de su posición en el mundo laboral. Se evidenciaba la singular proclividad que manifiestan las relaciones de trabajo a la perpetuación de diferencias injustificadas entre mujeres y hombres. En nuestro sistema, son reconocibles plurales manifestaciones de medidas de acción positiva que buscan la igualdad de oportunidades mediante la denominada discriminación positiva, es decir, acciones positivas, teniendo en cuenta las peculiaridades a favor de la mujer en materia laboral.

La plena igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental, una cuestión de justicia social, que impone la obligación positiva de promover dicha igualdad en todas las actividades, y reclama actuaciones conjuntas de los poderes públicos y de los interlocutores sociales orientadas a terminar con la discriminación de la mujer en la sociedad. Está claro que el hecho de ser mujer en cualquiera de las organizaciones la posiciona en inferioridad respecto a los hombres de esa misma adscripción.

La singularidad de la mujer trabajadora, la de su posible embarazo, ocasiona que ante un hombre y una mujer, ambos en edad de ser padres, la empresa presume (en la mayoría de los casos con razón) que, en el supuesto de tener ambos descendencia, será la mujer quien suspenda su contrato de trabajo para disfrutar del descanso por maternidad, mientras que el hombre probablemente no lo haga. Es una de las razones ante las que se tiene que enfrentar la mujer trabajadora y que ocasiona sus graves dificultades para insertarse en el mercado laboral y conservar su empleo.

Atención especial merece el análisis del acoso sexual, es una forma de discriminación de género. No se le da muchas veces la importancia que merece, sin embargo, para la víctima, las consecuencias son potencialmente muy grandes, tanto en el plano físico como psíquico. En el seno de las empresas, el acoso sexual tiene, además, efectos negativos en la calidad del trabajo, la productividad, la motivación, el índice de absentismo y la rotación del personal. Es una traba para el desarrollo económico. Además hay ciertos mitos sobre el acoso sexual que hay que desterrar. Se aclarará la noción de acoso por razón de sexo y de acoso sexual y la regulación de una nueva figura denominada acoso en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

En último término, es importante hacer referencia a la dificultad de conciliar vida laboral y familiar respecto al acoso laboral sufrido por un gran número de mujeres trabajadoras. Finalmente es de obligada mención la desigualdad de salarios entre mujeres y hombres, el peso de la discriminación.

**Palabras clave:** acoso laboral, moral, psicológico, *mobbing* e igualdad.

# Sumario

1. Introducción.
2. Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días.
3. El principio de igualdad en el ámbito laboral.
  - 3.1. Sobre el principio de igualdad, en particular por razón de sexo.
  - 3.2. Enfoque integrado de la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales.
  - 3.3. Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva.
  - 3.4. Las acciones positivas.
4. Una importante novedad: la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.
  - 4.1. Acerca de las razones y del contenido de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.
  - 4.2. La Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Notas generales.
  - 4.3. La igualdad por razón de género en los ámbitos laborales.
  - 4.4. Despido y «móvil discriminatorio»: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.
  - 4.5. Implicaciones laborales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.
5. Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego.
6. La proyección de la dignidad, sobre la salud en el trabajo.
  - 6.1. Introducción al concepto de dignidad en el trabajo y la salud del trabajador.
  - 6.2. El acoso sexual.

- 6.3. Acoso sexual: desarticular la relación de poder a través de la prevención. El acoso sexual desde la perspectiva de género.
  - 6.4. La noción de acoso por razón de sexo y de acoso sexual.
  - 6.5. La regulación de la nueva figura denominada acoso en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.
7. El acoso laboral y la conciliación de la vida laboral y familiar.
- 7.1. La conciliación del empleo y del hogar: respuesta y reflejo de una organización del trabajo construida desde la institución del género.
  - 7.2. La verdadera realidad social de la imposibilidad de conciliación de vida laboral y familiar.
  - 7.3. Igualdad de género y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: aspectos básicamente laborales.
  - 7.4. Nulidad del despido: no discriminación y conciliación de la vida laboral, personal y familiar.
8. Desigualdad de salarios entre mujeres y hombres: el peso de la discriminación.
9. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras el estudio y el análisis del acoso moral y psicológico en el trabajo se puede llegar a la conclusión, tras profundizar en el estado del asunto en la actualidad, que son las mujeres, en su mayoría, las principales víctimas de este tipo de conductas. También podemos concluir con que el acoso sexual lleva al acoso moral y viceversa. El acoso moral conduce al acoso sexual en multitud de casos analizados. Ambos son dos tipos de acoso acontecidos en el ámbito laboral, muy perniciosos y cuyo sujeto receptor, en numerosas ocasiones, suele ser la mujer trabajadora.

El citado análisis debe hacerse dentro del entramado normativo en el que nos encontramos, a veces complicado y teniendo en cuenta la gran novedad que supone la promulgación de la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI) <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres modifica: artículos 187.2, 201.3, disposición adicional 1.ª 2 y añade el artículo 44 bis y la disposición transitoria 7.ª a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio; artículos 109.1, 110.3, 122.1, 310, 348, 356, 357, 358.2, 373, 433 bis, 434.2, añade los artículos 136 bis y 360 bis y suprime el 370 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio; artículo 14.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre; artículos 188.1, 217, añade el 11 bis y transpone la Directiva 97/80 a la Ley 1/2000, de 7 de enero; artículos 19.1, 60 y transpone la Directiva 97/80 a la Ley 29/1998, de 13 de julio; artículo 16.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio; artículos 3, 6, 18 y 21.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril; artículos 2, 11.2, 12.2, 34, 44, 53 y 63 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo; artículos 4.2, 17, 34, 37, 38.3, 45.1, 46, 48, 53.4, 54.2, 55.5, 64, 85, 90 y añade el 48 bis y las disposiciones adicionales 17.ª y 18.ª a la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; artículos 5 y 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre; artículos 27.2, 108.2, 122.2, 146, 149.2, 180.1 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril; artículos 7 y 46 y añade: la subsección 3 bis en la sección 2 del Capítulo VI a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre; disposición adicional 2.ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio; determinados preceptos, reenumera el capítulo IV ter como IV quater, añade un nuevo Capítulo IV ter, un nuevo Capítulo IV quinquies y la disposición adicional 44.ª a la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; artículos 29 y 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto; artículos 108.2, 112, 132, 141.1 e) y 148 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo; artículo 69.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; artículos 59.3 y 61.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre; artículos 12 b) y 22 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio; artículos 56.2, 60, 75 y 83.1 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre; artículo 34.10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio; artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; artículo 1 y la disposición transitoria 1.ª de la Ley 36/1977, de 23 de mayo; añade: artículo 22 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre; artículo 2 bis a la Ley 16/1983, de 24 de octubre; disposición adicional 3.ª a la Ley 5/1984, de 26 de marzo; transpone: Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, y Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre. Entrada en vigor, con la salvedad indicada, el 24 de marzo de 2007.

Para comenzar, hay que mencionar la situación de la mujer en el mercado de trabajo, en la actualidad <sup>2</sup>. La progresiva incorporación de la mujer al ámbito laboral ha supuesto una alteración de los esquemas tradicionales, allí donde la población activa femenina ha elevado su cuota de participación. Esta participación de la mujer en el mercado remunerado es uno de los cambios sociales más relevantes, que han tenido lugar en los últimos años y presenta aspectos innegablemente positivos.

Aunque parece que la incorporación de la mujer a la actividad laboral remunerada está condicionada al reparto de tareas, lo que puede obstaculizar su incorporación y permanencia, paulatinamente se van produciendo cambios de mentalidad en los valores sociales, mucho más difíciles estos de modificar, pues afectan a una serie de rasgos fuertemente arraigados en la sociedad.

Se puede observar cómo, a lo largo de estos años, ha ido aumentando el número de mujeres que quieren realizar una actividad laboral, al mismo tiempo que estas van cambiando su patrón de comportamiento, abandonando el modelo tradicional de salir del mercado de trabajo cuando se casan o tienen el primer hijo. De hecho, las mujeres casadas, incluso las que tienen hijos pequeños en casa, constituyen el grupo cuyas tasas de actividad y ocupación han aumentado más. Los últimos datos señalan que se ha incrementado principalmente la actividad de las mujeres entre 25-44 durante los últimos años. Esta dinámica del grupo de mujeres adultas pone de manifiesto la mayor permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo y la tendencia a no abandonar ni por matrimonio ni por maternidad.

Se constata también que las mujeres realizan una mayor inversión en su propio capital humano. Han retrasado la edad de incorporación al mercado de trabajo porque dedican un mayor tiempo de sus vidas a la formación. Como consecuencia de esa mayor inversión formativa, las mujeres han modificado sus expectativas respecto al empleo. Y hoy por hoy piensan en una trayectoria profesional y exigen una mayor satisfacción profesional.

Las mujeres actualmente llevan su cultura y su propio modelo a la empresa y a las relaciones profesionales.

Al hablar de inserción laboral de las mujeres, resulta imprescindible hacer una referencia al sector servicios, por ser el más feminizado en el conjunto de la actividad económica. Este sector es uno de los que más empleo ha generado en los últimos años y de forma muy especial para las mujeres. Las distintas investigaciones realizadas ponen de manifiesto que se vienen considerando femeninos los puestos de trabajo, las categorías profesionales y los sectores y subsectores productivos que significan la prolongación de los trabajos tradicionalmente desarrollados en el ámbito doméstico: la limpieza, los servicios de cuidado de personas enfermas, menores y la tercera edad. Dentro del sector industrial las mujeres se concentran en la industria de la alimentación, textil y madera, y en el sector servicios las mujeres se concentran en las ramas de sanidad y educación. Rasgos del mercado de trabajo es la segmentación horizontal (sectores masculinizados y feminizados).

<sup>2</sup> LÓPEZ PÉREZ, S. «La mujer en el mercado de trabajo». *Capital Humano*, N.º 207. (2007), págs. 78-80.

La situación de las mujeres en el trabajo sigue estando caracterizada por las desigualdades en el empleo y en los salarios. La tradicional segregación laboral de las mujeres, horizontal y vertical, que las confina a determinados puestos de trabajo y a determinados sectores de actividad, contribuye a la perpetuación de tal estado. Los trabajos que las mujeres realizan predominantemente están peor retribuidos que aquellos otros que, de forma mayoritaria, realizan los hombres.

Entre nosotros esta realidad tiene mucho que ver con el propio sistema clasificatorio y sus consecuencias salariales, pero además es preciso también tener en cuenta otro dato: las consecuencias que los roles sociales de hombres y mujeres tienen sobre la posición de estas últimas en el mercado de trabajo.

Y es que la barrera jerárquica sí existe. Los estudios realizados sobre la representación de las mujeres en la dirección de las empresas coinciden en señalar dos deficiencias claves. La primera es la escasa presencia femenina en los puestos de dirección. En segundo lugar, se afirma también que en este nivel directivo existe segregación, están subrepresentadas en dirección general y direcciones técnicas. Parece ser que no hay un único mercado de trabajo, sino que existe una realidad distinta para los hombres y las mujeres.

Podría afirmarse que la expresión «mito» es la más adecuada, pues se sigue justificando la menor empleabilidad de las mujeres en base a factores como la falta de formación o la menor disponibilidad. Sin embargo, los datos reflejan que hay más mujeres universitarias que hombres, que las mujeres estarían dispuestas a desempeñar puestos que implicasen mayor responsabilidad y dedicación, que en muchas ocasiones al no encontrar esa opción deciden crear su propia empresa.

Ante esta situación, mayor nivel de desempleo, mayores dificultades de realización profesional, muchas mujeres que quieren desarrollar sus capacidades y habilidades de gestión optan por crear sus propias empresas, contribuyendo a su vez al crecimiento y desarrollo económico.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRABAJO DE LA MUJER HASTA NUESTROS DÍAS <sup>3</sup>

Hay que hacer una introducción acerca de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. La tradición y los recelos por parte de la población masculina se han erguido como los mayores obstáculos hasta la consolidación de este fin. En la actualidad, si existe alguna diferencia, esta no es jurídica, sino social.

Desde el principio de la configuración de la sociedad y los Estados quedó establecido el sometimiento de la mujer al hombre y este hecho se mantuvo a lo largo de las vicisitudes de la historia. La primera de las reivindicaciones feministas fue el reconocimiento del derecho a la educación como medio para vivir más dignamente. Llegamos al siglo XIX que ha venido a ser denominado el siglo

<sup>3</sup> ALEMANY ZARAGOZA, E. «Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días». *Aranzadi Social*, N.º 22. (2005), págs. 53-69.

del trabajo, ahí se empieza a debatir sobre la conveniencia o no de la incorporación de la mujer al trabajo. Hay diversas corrientes de pensamiento y alguna llega a afirmar que una «mujer trabajadora, ya no era una mujer». De todas formas, pese a las dificultades, la mujer se incorpora al trabajo en condiciones muy penosas. No será hasta el último tercio del siglo XIX donde ya juega un papel relevante la legislación laboral denunciando la explotación y adoptando medidas protectoras. Sin embargo, estas medidas sirvieron para ahondar más en la discriminación. Empezaron a surgir obras jurídicas donde se «demostraba» de forma casi matemática que la mujer tenía menos necesidades de alimento y que eran naturalmente ineptas para el trabajo fuera del hogar. En los comienzos, una mujer podía cursar una titulación universitaria en Derecho y Medicina, por ejemplo, y no poder ejercer de médico o de abogado. Todo se circunscribía a seguir manteniendo el prestigio ligado al poder profesional sin que pudieran arrebatárselo a los hombres.

Fue, sin duda, en los ámbitos anarquistas donde existió una mayor sensibilidad con respecto al derecho de la mujer a obtener un puesto de trabajo remunerado. La reivindicación del trabajo como medio para conseguir su libertad. El final del siglo XIX transcurre con la idea de que únicamente ante una situación de absoluta falta de medios económicos se admitía, en los ámbitos trabajadores, el desempeño por la mujer de trabajos remunerados.

El siglo XX comienza en España con el masivo éxodo rural hacia las grandes ciudades, empezando así las primeras huelgas con marcado acento reivindicativo. Las mujeres exigen ante todo una equiparación del salario con respecto a los varones, jornadas de trabajo de ocho horas, menor flexibilidad de los patronos a la hora de despedirlas y su dignificación como mujeres trabajadoras en las fábricas.

En fecha 13 de julio de 1922 se promulgó la ley relativa al subsidio por maternidad, mediante la cual se debía respetar a la mujer el puesto de trabajo antes y después del parto, así como disponer de una hora diaria para la lactancia, situación que sigue vigente en la actualidad. También se concedió el derecho al sufragio femenino en el año 1931, incluso se permitió que las mujeres cualificadas pudieran ser elegidas y ocupar escaños en el Parlamento.

En los años sesenta, con el denominado Desarrollismo se gestó un profundo cambio económico en España, donde la necesidad de incrementar la población laboral propició la inclusión de la mujer en un campo casi exclusivo de los hombres. La presencia femenina en los más variados ámbitos laborales aportó una fuerza de trabajo más barata que la masculina, lo cual ayudó al despertar industrial y económico de España.

Fue precisamente durante la última década del régimen franquista cuando la mujer empezó a movilizarse para lograr un mayor reconocimiento social y laboral, muchas veces integradas en movimientos políticos. Durante los años 1965 a 1975 se gesta el movimiento de mujeres, en gran medida como resultado de la ampliación de la mano de obra femenina y la escolarización.

A partir de 1978, tras la aprobación de la Constitución Española (CE), se crean organismos de defensa, información y promoción de las mujeres. Con el Estatuto de los Trabajadores (ET), el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación por razón de sexo además de

impregnar la legislación de una visión paternalista, garantizando la permanencia en su puesto de trabajo antes, durante y después del parto.

La vinculación de la mujer con el trabajo se produce en los orígenes de la Humanidad, si bien no recibe un tratamiento legislativo adecuado hasta el siglo XX, y de forma variable, según se trate de un país u otro. La desigualdad de trato por razón de sexo ha sido una constante histórica en las relaciones laborales, reservándose a la mujer los trabajos de menor estima social y los peor remunerados. Dada la intensidad de la diferencia de trato, los estados se vieron obligados a intervenir, dando paso a las primeras normas laborales.

Tal como hemos descrito, el panorama cambia radicalmente con la promulgación de la CE, se han ido introduciendo normas que fomentan una acción positiva respecto a la inserción de la mujer en el mercado laboral. Se consideran justificadas y constitucionales las acciones positivas, orientadas a remover las situaciones de igualdad. También se establece como uno de los derechos laborales la no discriminación por razón de sexo, pudiéndose otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo.

En 1989 se añade una novedad importante y es la introducción de un nuevo derecho laboral, la protección frente a ofensas verbales o físicas, de naturaleza sexual, de las cuales en mucha mayor medida son objeto las mujeres. Igualmente se amplía el permiso por maternidad, el permiso por lactancia y la excedencia por cuidado de hijos.

Una nueva etapa en las medidas protectoras de la mujer hay que fijarla en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL). Sin embargo, la presunción de igualdad entre hombre y mujer se obstaculiza con el cuidado de la familia y fundamentalmente la maternidad, tareas no compartidas y que son un escollo hacia su plena igualdad.

Todo ello obligará a la adopción de medidas legales que por un lado posibiliten compatibilizar el trabajo con la familia y por otra garanticen la permanencia en el puesto de trabajo, evitando la adopción de medidas discriminatorias por el ejercicio del derecho al disfrute de dichos permisos.

La protección de la maternidad ha sido objeto de regulación desde principios del siglo XX. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó en 1919 el Convenio núm. 3 sobre protección de la maternidad, modificado el 28 de junio de 1952 por el Convenio núm. 103, que no entró en vigor hasta el 7 de septiembre de 1955.

El 30 de mayo de 2000, la Conferencia General de la OIT acordó el Convenio 183 sobre protección de maternidad por el que se revisaba el anteriormente citado, todo ello a fin de seguir promoviendo la igualdad de todas las mujeres y la salud y la seguridad de la madre y el niño. Entre otras, las medidas que se adoptan son las siguientes: prohibición de despedir a una mujer embarazada, derecho de la mujer a una o varias interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, serán fijados por la legislaciones nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deberán contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.

La Unión Europea tampoco ha sido ajena a esta cuestión y ha optado por favorecer políticas para conciliar la vida profesional, familiar y personal. En nuestro ordenamiento interno, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, dio un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sin que por otra parte afecte negativamente a las condiciones de trabajo.

La Ley de Conciliación Familiar trata de dar respuesta a la nueva realidad social que comporta la incorporación de la mujer al trabajo. Los aspectos materiales se centran fundamentalmente en diversos puntos. En primer lugar, dos días por el nacimiento de hijo, ampliable a cuatro días cuando precise hacer un desplazamiento. En segundo lugar, el permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tienen derecho a una hora de ausencia del trabajo pudiendo sustituir este derecho por una reducción de media hora de la jornada laboral normal. En tercer lugar, reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de seis años y, en último lugar, ampliación de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo. Por otra parte, se recogen garantías para el mantenimiento del empleo de aquellas personas que disfrutaban del permiso por lactancia o reducción de jornada para el cuidado del hijo o familiar desvalido.

Junto con la anterior disposición, cuya finalidad principal es la protección de la maternidad y el cuidado de la familia, hay que destacar la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) (Ley 31/1995, de 8 de noviembre), la cual introdujo importantes previsiones para proteger los riesgos profesionales con incidencia en la maternidad de la mujer trabajadora.

Ninguna de las normas citadas favorece la inserción profesional de la mujer o su formación profesional. Todas ellas tienen como finalidad fundamental la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, o el cuidado y atención de la familia, cuya importancia, evidentemente, no podemos obviar, pero a todas luces insuficientes para lograr la inserción laboral de la mujer, y en cierta medida perpetuadoras, aunque con efectos mitigados, de la concepción cultural de adjudicación en exclusiva a las mujeres del cuidado de la familia, dada la falta de estructuras para el cuidado de las personas dependientes.

De la misma forma que en su momento se creó la Inspección de Trabajo para asegurar el cumplimiento de la normativa laboral, se hace necesario el establecimiento de medidas que favorezcan y fomenten la contratación de mujeres. Desde el año 1992, se han ido estableciendo incentivos fiscales, subvenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social que benefician a diferentes colectivos de mujeres.

En resumen, nuestro legislador ha sido original y avanzado pero hasta cierto punto. El origen está en la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos comunitarios, quedando todavía mucho camino por recorrer. Difícilmente encontraremos disposiciones que amparen a la mujer, simplemente, como tal mujer, dejando al margen su situación temporal de madre. Si se pretende una auténtica integración de la mujer en el mundo del trabajo la protección debería realizarse con independencia de su maternidad y cuidado posterior de los hijos. El tratamiento que recibe la mujer es injusto, teniendo en cuenta todo lo que históricamente las mujeres han aportado a la sociedad a lo largo de los tiempos. Ninguna sociedad con deseos de alcanzar un mejor futuro puede permitirse rechazar el ingenio, la fuerza, la creatividad y la aportación, a todos los niveles, de la mitad de la población que suponen las mujeres que integran su Estado.

En concreto <sup>4</sup>, no puede obviarse ya, desde la perspectiva de género, la incidencia que la realización del trabajo doméstico y la atención a hijos y familiares por las mujeres tiene sobre su acceso al trabajo, sobre su promoción profesional y sobre su salario.

Una redistribución del trabajo doméstico y de las responsabilidades familiares permitirá a las mujeres competir con los hombres en igualdad en el mercado de trabajo, les permitirá en definitiva superar su histórica debilidad en el mercado de trabajo, que es la causa última de la discriminación salarial.

Por ello, las políticas de promoción del empleo de las mujeres deben combinarse con políticas de promoción de la participación de los padres en el trabajo familiar, y con políticas de promoción del disfrute por los padres del permiso para el cuidado de hijos y familiares.

Si pretendemos identificar, simplificadoamente, los rasgos que definen la posición de las mujeres en el mundo del trabajo debemos señalar, en primer lugar, su segregación horizontal y vertical. Las mujeres ocupan de forma predominante ciertos trabajos en determinados sectores de actividad, y mayoritariamente no ocupan los niveles profesionales más altos.

En segundo lugar, hemos de destacar que el desempeño de las tareas reproductoras, así como la asunción de las responsabilidades familiares, determinan sobre todo para las mujeres con cargas familiares (las madres) una situación de desventaja para competir con los hombres en el mercado de trabajo.

Finalmente, las normas laborales y las normas de Seguridad Social, que parten de una familia estable en la que el padre realiza un trabajo retribuido y la madre el trabajo doméstico, determinan situaciones de discriminación, cuando no de exclusión social para las madres, en los supuestos cada vez más frecuentes de modelos familiares diversos o atípicos.

Las políticas y las normas para combatir la discriminación de la mujer en el trabajo superaron pronto la estricta perspectiva igualitarista entre hombres y mujeres y avanzaron siguiendo la llamada «teoría de las diferencias», que da relevancia a las diferencias entre los sexos, para su compensación y neutralización como barreras a la igualdad de oportunidades.

Un paso más vendría determinado por la oportunidad de otorgar relevancia, no solo a las diferencias biológicas (así por razón de embarazo), o a las diversas aptitudes de hombres y mujeres para el trabajo (relevantes, como se sabe, para la valoración de los puestos de trabajo), sino también a las diferencias sociales. Las relaciones de género se caracterizan por los diferentes roles sociales que corresponden a los hombres y las mujeres.

Así, en las políticas, en las normas antidiscriminatorias y en los mismos estudios doctrinales el concepto de discriminación por razón de sexo dará paso al de discriminación o diferencias de género.

<sup>4</sup> SÁEZ LARA, C. «Mujer y trabajo». *Documento de Trabajo*. N.º 37 (2003), págs. 5-8.

En este cambio de términos, pero también de perspectiva de análisis, una idea se alza en el debate, la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo solo se alcanzará cuando se supere la actual división social del trabajo. Las políticas de promoción del empleo de las mujeres han de ir acompañadas de políticas de promoción de la participación de los padres en el cuidado de la familia. Las políticas y la normativa sobre igualdad constituyen un presupuesto necesario pero insuficiente.

La experiencia muestra que la discriminación de la mujer es consecuencia de la interacción de diversos factores económicos, sociales y jurídicos. No basta con que las normas proclamen la igualdad entre hombres y mujeres si permanecen inalterables las reglas sociales y las estructuras económicas.

En los últimos 25 años, la incorporación de las mujeres al sistema educativo, al trabajo y al ámbito de la política ha supuesto un cambio estructural de la sociedad española. Sin embargo, este incremento del protagonismo de la mujer en la esfera pública, se afirma, no ha supuesto una paralela participación en la toma de decisiones, es decir, un paralelo protagonismo de las mujeres en los centros de decisión, aquellos que permiten influir en mayor medida en los procesos de transformación social.

Combatir la discriminación de la mujer en el trabajo exige tener presente, o integrar una realidad: la discriminación afecta a todos los aspectos de la vida social y de la estructura económica. Y esta idea es la que define la perspectiva de género. La perspectiva o el enfoque de género otorgan relevancia a las diferencias sociales entre los hombres y las mujeres. Unas diferencias que determinan diversos roles sociales tradicionalmente asumidos con naturalidad, es decir, una división social de roles en función del género que establece además una situación económica, social y cultural de desventaja de las mujeres en relación con los hombres.

### 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

#### 3.1. Sobre el principio de igualdad, en particular por razón de sexo <sup>5</sup>.

La igualdad es un elemento constitutivo del valor de justicia que se encuentra en la base del principio de libertad y dignidad humana. Es, pues, expresión de un derecho subjetivo inalienable que limita y delinea la actuación de los poderes públicos, siendo principio inspirador y fundamento de cualquier orden constitucional conformador de una arquitectura democrática y de derecho. Así lo reconocen las Constituciones de nuestro entorno y, desde luego, la española de 1978, que ya en su artículo 1 proclama como valor superior del ordenamiento jurídico el de la igualdad. Dicha proclamación adquiere luego sentido a través no solo de la garantía de prohibición de toda discriminación o trato diferenciado por motivos que no respondan a razones objetivas, justificadas y proporcionales, sino también por la obligación que impone a las instancias públicas de remover cuantos obstáculos se opongan al desarrollo de una igualdad plena y real de los individuos y de los grupos en que se

<sup>5</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. «Igualdad por razón de sexo y Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 57 (2005), págs. 193-196.

integran (arts. 14 y 9.2 CE, respectivamente). Ello predica la consecución de una igualdad material que excede de la de carácter formal, mediante la adopción de medidas susceptibles de eliminar las barreras que se oponen a aquella primera, exigiendo el reequilibrio de situaciones objetivamente desiguales; objetivo que se procura tanto por la obligación de tratar igual a los iguales, cuanto por la necesidad de diferenciar a quienes son desiguales por su propia naturaleza, en la medida en que, frecuentemente, resulta imprescindible diferenciar para no discriminar, para hacer efectivo el principio de igualdad como ideal de justicia social.

A partir de las anteriores premisas, que apuntan claramente al ámbito que aquí interesa, esto es, la discriminación por razón de sexo o, dicho de otra forma, el elemento diferenciador que dificulta alcanzar la igualdad sustancial que se reclama entre hombres y mujeres, conviene reiterar que dicha causa de discriminación es una de las más extendidas y universales, produciendo una situación de genuina marginación de la mujer en todos los ámbitos de la vida que impiden su acceso a las diversas esferas de actuación pública y privada. Ello permite identificar una visible separación por motivos sexuales entre ambos grupos sociales que, al margen la relevancia de ciertas diferencias entre uno y otro que han de ser consideradas en aras de la igualdad material, ahonda en otras muchas que carecen de una justificación tolerable en términos jurídicos. De ahí que resulte más que discutible la aplicación de un tratamiento igualitario ignorante de una realidad tozuda y crónica que diferencia entre ambos sexos y que actúa a modo de barrera infranqueable para alcanzar un verdadero equilibrio en la posición de hombres y mujeres a todos los niveles y en todos los ámbitos.

Siendo el discurso de la interdicción de la discriminación por razón de sexo válido e imprescindible en cualquier aspecto de la vida social donde se analice la real participación de la mujer respecto de la que representa el hombre, resulta especialmente significativo en el mercado de trabajo y en el terreno de las relaciones laborales, donde cobra dimensiones y perfiles propios que traspasan fronteras y sistemas jurídicos, convirtiéndose en un fenómeno de trascendencia universal, producto de una vieja atribución de roles sociales, de estereotipos masculinos y femeninos y de la consecuente y global posición de partida desventajosa y desconsiderada de la mujer que arranca de circunstancias histórico-culturales largamente asentadas en la sociedad frente a las que es necesario reforzar la acción legislativa, judicial y aun de los actores sociales. Porque la lucha por la igualdad sustancial de la mujer en las sociedades avanzadas pasa inexcusablemente por el reequilibrio de su posición en el mundo laboral. Así lo entendió ya nuestra CE, cuyo artículo 35.1 reitera, en el específico marco de las relaciones laborales, la prohibición de discriminación por razón de sexo que ya es predicable, con carácter general, de su artículo 14; con ello se evidenciaba la singular proclividad que manifiestan las relaciones de trabajo a la perpetuación de diferencias injustificadas entre mujeres y hombres.

Pero, garantizada la igualdad por razón de sexo también en el mundo del trabajo, dicha igualdad no puede quedarse en el frontispicio de la igualdad de trato entre mujeres y hombres o, si se quiere, en el reconocimiento y aplicación de derechos idénticos, sino que requiere traspasar ese umbral para asegurar la tutela de la igualdad de oportunidades, corrigiendo las situaciones discriminatorias. Y es aquí donde emerge la mayor dificultad del análisis y donde cobra especial importancia la igualdad en su faceta emancipatoria o correctora de desequilibrios estructurales que han encontrado en el género un argumento peyorativo de incidencia directa e indirecta. El problema de la discriminación no puede interpretarse solo como una mera cuestión de igualdad, sino de protección de colectivos marginados,

débiles o desfavorecidos, evitando el mantenimiento de diferencias o desigualdades históricas y socialmente consolidadas, obligando, en materia laboral, a poner fin a una situación de inferioridad manifiesta de la mujer en sus condiciones de empleo y trabajo. Cuanto antecede está íntimamente relacionado con el debate sobre el espacio que cabe a las acciones de promoción y fomento del trabajo de las mujeres, esto es, las medidas positivas o de discriminación inversa, como también se ha convenido en denominar. De manera que no solo no está vetado un tratamiento diferenciador que favorezca a las mujeres en el terreno de las relaciones sociales y, en particular, las laborales, sino que forma parte del principio mismo de igualdad y no discriminación por razón de sexo el acometimiento de actuaciones compensadoras de dicha desigualdad inicial y real e impulsoras de la igualdad de oportunidades de la mujer en el empleo. Con todo, las acciones positivas tendentes a la equiparación, como medidas preferenciales temporales al servicio de la citada igualdad material o de oportunidades, que pasan por favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su mantenimiento dentro de él, no siempre han contado con un apoyo unánime e incuestionado, habiendo sido objeto, en ocasiones, de posiciones abiertamente contrarias a su ejecución. Pese a ello, cada vez resta menor margen para dudar acerca de que tales medidas resultan aptas y aun de inexcusable presencia para alcanzar el objetivo propuesto de aseguramiento de la igualdad de oportunidades, una vez salvados los oportunos juicios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida de que se trate, aun cuando la cuestión sigue radicando en su mayor o menor eficacia, toda vez que son incapaces de garantizar, de modo absoluto, una igualdad de resultados, entendidas ambas facetas de la igualdad en una relación de medios y fines y, desde luego, en su contenido.

En el marco de los anteriores debates doctrinales, en nuestro sistema son reconocibles plurales manifestaciones de medidas de acción positiva a favor de la mujer en materia laboral, que incluyen desde incentivos a la contratación de mujeres infrarrepresentadas en determinadas profesiones hasta la prohibición de despedir a la mujer embarazada o durante el disfrute de períodos de suspensión o de permisos relacionados con el cuidado de hijos o la asunción de responsabilidades familiares, pasando por medidas de conciliación de la vida familiar y laboral y, fuera del ámbito estrictamente normativo, la implementación de planes de igualdad de oportunidades que, desde diversas instancias europeas, nacionales y regionales, dejan sentir sus efectos en heterogéneos planos con mayor o menor incidencia en el mundo del trabajo.

### 3.2. Enfoque integrado de la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales <sup>6</sup>.

El enfoque integrado de la igualdad entre mujeres y hombres compete esencialmente a las reglamentaciones y a las políticas gubernamentales y que no existen muchos lazos entre el marco institucional/reglamentario gubernamental y la negociación colectiva. Sin embargo, el enfoque integrado de la igualdad figura en el orden del día de las organizaciones sindicales centrales de todos los países afectados. En general, las confederaciones empresariales tienen un enfoque de la integración de la dimensión de género menos desarrollado y tiene tendencia a primar diferentes aspectos, en

<sup>6</sup> GRUNELL, M. y SCHAAPMAN, M. «Enfoque integrado de la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales: Parte I». Trad. de: «Approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les relations industrielles», artículo obtenido de la página de Internet de *European industrial relations observatory* de la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, octubre 2004. (Traducción texto íntegro: Guillermo RODRÍGUEZ FOLGAR, Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación). *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N.º 118 (2005), págs. 29-30.

especial las políticas sobre la diversidad y a preferir soluciones a la medida más que atenerse a las reglas generales. Sin embargo, la cuestión de los géneros está actualmente integrada en las negociaciones colectivas de muchos países, mayoritariamente a nivel nacional multisectorial. Estos acuerdos son generalmente de cuadros de objetivos a elaborar a nivel sectorial o de empresa, o bien toman la forma de recomendaciones a los responsables de los niveles de negociación de ámbito inferior.

El enfoque integrado de la igualdad fue definido por el Consejo de Europa en un informe de 1998 como «la reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos de toma de decisión con el fin de incorporar la perspectiva de igualdad entre mujeres y hombres, en todos los campos y a todos los niveles, por los actores generalmente implicados en la implementación de las políticas». Ello supone, pues, un «cambio de paradigma» en el pensamiento y la acción con respecto a las políticas anteriores tendentes a promover la igualdad de sexo, principalmente la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades, la acción positiva o la discriminación positiva. Estas últimas van destinadas en especial a ayudar a las mujeres a insertarse en las organizaciones e instituciones existentes, centradas en los hombres, y se enfocan, pues, a la «adaptación de las mujeres». En cuanto al enfoque integrado de igualdad, toman en cuenta situaciones, prioridades y sus necesidades como «normales» y las toma en el mismo sentido que en el caso de los hombres –como punto de partida para (re)concebir las organizaciones y las instituciones–. El enfoque integrado de la igualdad tiene, pues, por objetivo integrar la dimensión de género en todas las políticas y medidas generales. En el contexto de las relaciones laborales eso significa que los esfuerzos desplegados para integrar a las mujeres en el mercado de trabajo (las medidas específicamente destinadas a las mujeres tales como la igualdad de trato o la discriminación positiva) no serán eficaces a no ser que estén combinados con medidas tendentes a cambiar las condiciones de trabajo, en especial de la forma siguiente: reorganización de la vida profesional, haciéndola más flexible; desarrollo, en términos cualitativos y cuantitativos, de los servicios de guarda y cuidados de las personas; concepción de programas de formación y educación adaptados a las mujeres y los hombres desde el punto de vista del contenido y de la organización (con relación al empleo del tiempo, a los medios de guarda y al pago); creación de una cultura de empresa que prohíba el acoso sexual; y políticas que propicien el reparto equitativo del trabajo en el sector privado. Último punto, y no de los menos importantes, los hombres deben estar incluidos como «objetos de cambio» de las estrategias relativas al enfoque integrado de la igualdad.

Desde mediados de los años noventa existe un consenso cada vez mayor dentro de la Unión Europea en torno a la importancia de la integración de la igualdad de oportunidades en las políticas generales, y la Unión ha buscado con las últimas normativas promulgadas una estrategia de enfoque integrado de la igualdad.

### 3.3. Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva <sup>7</sup>.

La plena igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental, una cuestión de justicia social, que impone la obligación positiva de promover dicha igualdad en todas las actividades, y reclama actuaciones conjuntas de los poderes públicos y de los interlocutores sociales orientadas a terminar con la discriminación de la mujer en la sociedad.

<sup>7</sup> MERINO SEGOVIA, A. «Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva». *Revista de Derecho Social*, N.º 20 (2002), págs. 205-206.

La baja tasa de actividad del colectivo femenino, el elevado índice de desempleo, de precariedad y temporalidad en la contratación de las mujeres, la atribución de forma casi en exclusiva de las tareas reproductivas y familiares, junto con la desigualdad retributiva entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, son fenómenos que ponen de manifiesto que la situación de las mujeres en el mercado laboral viene caracterizada por la existencia de discriminaciones por razón de sexo, que traen consigo un empeoramiento de sus condiciones de trabajo, mayores dificultades para acceder a la formación y para el desarrollo de sus carreras profesionales, menor seguridad y pérdida de derechos.

Una de las funciones de la negociación colectiva es ser instrumento fundamental para la mejora de las condiciones laborales y de empleo. La acción de la negociación colectiva debe estar orientada a impulsar políticas de igualdad, introduciendo contenidos concretos de carácter social dirigidos a este colectivo específico, que permitan corregir las discriminaciones existentes, y poniendo en marcha estrategias que promuevan medidas de acción positiva en las empresas, para, de este modo, lograr un mejor aprovechamiento de las capacidades de las mujeres.

Cada vez es más frecuente que los convenios colectivos <sup>8</sup> incluyan declaraciones generales a favor de la igualdad de trato y la no discriminación, especialmente por razón de sexo (como las que tratan de erradicar las prácticas de acoso sexual). También va creciendo el número de convenios colectivos que incorporan planes o medidas para favorecer la contratación o promoción laboral de las mujeres, lo mismo que se incrementa progresivamente el número de los que incluyen cláusulas o previsiones destinadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (mediante «permisos parentales», entre otros instrumentos) y a proteger eficazmente a la trabajadora embarazada. Según todos los indicios, va en camino de desaparecer, asimismo, la tradicional diferencia entre hombres y mujeres en los sistemas de clasificación profesional y de remuneración del trabajo.

Puede decirse, por consiguiente, que la negociación colectiva también ha empezado a contribuir en España a la promoción de la igualdad y a la lucha contra la discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo. Es verdad, no obstante, que aún cabe encontrar residuos de discriminación de la mujer, normalmente por procedimientos indirectos (como la exigencia de cualificaciones o titulaciones innecesarias para el trabajo), y también cabe detectar la emergencia de nuevas prácticas diferenciadoras, que en algunos casos pueden ser legítimas y aceptables pero que en otros muchos quizá sean discriminatorias y por lo tanto inaceptables.

### 3.4. Las acciones positivas <sup>9</sup>.

El reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres, y la dificultad para implantar la igualdad real ha sido el motivo fundamental para adoptar las políticas de igualdad. Las políticas de igualdad entre los sexos surgen con la finalidad de eliminar los obstáculos que impiden que las mujeres y los hombres ejerzan sus derechos y libertades en condiciones de igualdad. Estas políticas parten de la base

<sup>8</sup> GARCÍA MURCIA, J. «Igualdad y discriminación por razón de sexo: la negociación colectiva» *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, pág. 83.

<sup>9</sup> SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N.º 67 (2007), pág. 65.

de que existe una discriminación cuyo origen es el sexo, en la medida en que en todas las sociedades históricamente conocidas los hombres han ostentado el poder y las mujeres han tenido una posición de inferioridad. La pertenencia a uno u otro sexo ha condicionado la vida de las mujeres y también la de los hombres, pero está claro que el hecho de ser mujer en cualquiera de las organizaciones o combinaciones posibles la posiciona en inferioridad respecto a los hombres de esa misma adscripción.

Una de las políticas de igualdad que se ha desarrollado en los últimos años son las acciones positivas, que ha tenido una contestación por algunos sectores que entienden que estas políticas perjudican a los hombres. Se trata de medidas específicas de intervención que actúan sobre las barreras sociales que dificultan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Su objetivo es equilibrar y compensar las diferencias sociales que produce la discriminación social que puedan sufrir uno u otro sexo, generalmente las mujeres.

#### **4. UNA IMPORTANTE NOVEDAD: LA LEY PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES**

##### **4.1. Acerca de las razones y del contenido de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres <sup>10</sup>.**

Cuando España aprueba la LOI es consciente de que se enfrenta a una serie de graves problemas a los que hay que ir poniendo solución, pues no cabe esperar más. Tales problemas son, entre otros: la violencia de género, que pese a la legislación vigente, no cesa; la discriminación salarial, que pese a la CE y al ET y demás normas estatales y convencionales, no deja de ser una grave realidad en nuestra realidad laboral; la discriminación en las pensiones de viudedad (asignatura en vías de resolución en la Ley de Medidas de reforma de la Seguridad Social ahora en trámite parlamentario avanzado); el desempleo femenino en las capas altas de la pirámide laboral, que ha de ser objeto de claras políticas de discriminación positiva en tiempos inmediatos; la misma deficiente conciliación de la vida laboral y familiar, que impone dobles jornadas a las mujeres en relación con los hombres, así como otras jornadas dedicadas al cuidado de los mayores dependientes, etc.

##### **4.2. La Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Notas generales <sup>11</sup>.**

La LOI, en su Título IV se ocupa del Derecho al Trabajo en igualdad de oportunidades, incorporando medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la for-

<sup>10</sup> GARCÍA NINET, J.I. «Acerca de las razones y del contenido de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Tribuna Social*, N.º 200-201 (2007), pág. 5.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. «Modificaciones del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Tribuna Social*, N.º 200-201 (2007), pág. 44.

mación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo. Asimismo, incluye entre los derechos laborales de los trabajadores la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo. Además contempla el deber específico de negociar planes de igualdad por las empresas cuya plantilla sea superior a 250 trabajadores y fomenta que dichos planes se implanten de forma voluntaria en pequeñas y medianas empresas.

Con la finalidad de favorecer la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo se establece un objetivo de mejora del acceso y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo, pudiendo ser considerado grupo prioritario de las políticas activas de empleo.

Para garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la Ley de Igualdad prevé una medida innovadora como el permiso de paternidad que se reconoce no solo a los padres trabajadores del Régimen General, sino también a los trabajadores autónomos y de otros regímenes especiales de la Seguridad Social. También, se introducen mejoras en el permiso de maternidad y en la reducción de la jornada por guarda legal. Por último, se establecen cambios en la excedencia voluntaria y en la excedencia por cuidado de familiares.

El Título IV de la Ley de Igualdad, también, adapta las infracciones y sanciones y los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación y refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicho Título recoge otros cambios en materia laboral, pero en el concreto ámbito de Seguridad Social.

#### 4.3. La igualdad por razón de género en los ámbitos laborales <sup>12</sup>.

Dentro de los diferentes ámbitos a los que se dirige la LOI con el objetivo de hacer efectivo el principio de igualdad, el Título IV de la misma se refiere al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, destacando sus dos primeros Capítulos dedicados a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito de las relaciones laborales y de la conciliación de las responsabilidades laborales y las de naturaleza familiar, prohibiéndose las conductas discriminatorias, que han de ir acompañadas de una legislación pro-igualdad, mediante la instauración de medidas preventivas y nuevos instrumentos jurídicos adicionales a la legislación antidiscriminatoria, ya que no es realista pensar que la eliminación de la discriminación de la mujer en el empleo *vaya a realizarse de la noche a la mañana y por decreto*.

En este ámbito, la LOI contempla, entre otras, las siguientes acciones:

- a) *La promoción de la igualdad de trato en el ámbito laboral*, mediante el establecimiento de programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres, con la finalidad de aumentar su participación en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a

<sup>12</sup> PANIZO ROBLES, J.A. «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social: a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 290 (2007), págs. 22-28.

los requerimientos laborales, medidas en los que la negociación colectiva puede desempeñar un papel esencial, estableciendo acciones positivas que favorezcan el acceso de las mujeres al empleo.

- b) *El establecimiento de Planes de Igualdad en las empresas* (que son obligatorios en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores o cuando, aun teniendo una plantilla menor, así se haya dispuesto en el convenio colectivo aplicable). También resulta obligatoria la elaboración y la aplicación de Planes de Igualdad, en aquellos casos en que la autoridad laboral, dentro de un procedimiento sancionador, hubiese acordado la sustitución de las sanciones accesorias por la de elaboración y aplicación de dicho plan.
- c) *La obligación de que las empresas promuevan condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*, arbitrando procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias.
- d) La aplicación efectiva del principio de *igualdad de retribuciones*, partiendo del hecho de que uno de los puntos básicos en la aplicación de la igualdad en las relaciones laborales reside en la igualdad salarial, puesto que es en el ámbito del salario en el que se han venido denunciando mayores diferencias por razón de género, de forma que la masiva incorporación de la mujer al trabajo ha ido acompañada del mantenimiento de niveles retributivos más bajos para la población activa femenina, a pesar de que la igualdad en las retribuciones ha sido uno de los principios básicos de los tratados comunitarios, que ha encontrado además su plasmación en varias directivas comunitarias y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que ha tenido como finalidad romper también la regla de que la inferioridad de los salarios femeninos fuese la traslación de una menor valoración social del trabajo de la mujer.

De acuerdo con el artículo 141 del Tratado europeo, no solo se prohíbe a los legisladores nacionales el establecimiento de obstáculos artificiales a la efectividad del principio de paridad retributiva, sino que se impone a los empresarios la obligación de resultado en virtud de la cual los trabajadores han de recibir la misma retribución por un mismo trabajo o por trabajo al que se le atribuya un mismo valor atendiendo a la naturaleza y a las condiciones de formación y demás condiciones laborales. Es, precisamente, el concepto de trabajo de igual valor el elemento básico de la normativa comunitaria, puesto que frente a la sencillez de igualdad de retribución a igualdad de trabajo, determinar si dos trabajos, aun no siendo iguales, poseen un mismo valor consiste en una tarea compleja, ya que habrá que decidir previamente qué se entiende por «igual valor» que precisa, entre otros extremos, los diferentes criterios de representación.

De acuerdo con la normativa comunitaria en la materia, completada por la jurisprudencia del TJCE, el principio de igualdad de retribución no solo se aplica al salario en un sentido estricto, sino que se extiende también a otras prestaciones ligadas a la retribución, concepto que en parte recoge el ordenamiento español, ya que el artículo 28 del ET prevé la obligación del empresario «... a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución... cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo...», si bien –al menos hasta la entrada en vigor

de la LOI— no estaba claro el mantenimiento de la retribución durante el ejercicio de las responsabilidades familiares, situación que pretende corregir la ley mencionada.

- e) Por último, y teniendo en cuenta que *cualquier trato desfavorable para la mujer fundado en el embarazo o la maternidad se considera como discriminación directa*, la LOI ofrece una especial protección de la mujer trabajadora y *la proscripción de los despidos que traigan su causa en la maternidad y sus consecuencias*.

En este ámbito, la legislación y la jurisprudencia comunitarias han establecido una normativa significativa que tiende a la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo y a la protección de la situación de embarazo, en cuanto realidad específica del sexo femenino que precisa, al tiempo, de una atención referida a la salud de las trabajadoras y los intereses profesionales de las mismas, cuyos contenidos han sido profundizados por los pronunciamientos jurisprudenciales.

En el mismo sentido, también la legislación y la jurisprudencia nacionales establecen una protección específica a la trabajadora embarazada, incluso para la realización de trabajos temporales, cuyo desempeño puede resultar afectado por la situación de embarazo, ya que, aunque la consideración como nulo del despido de la trabajadora embarazada no figuraba de forma expresa en la legislación laboral, se entendía comprendido en la redacción del artículo 55.5 del ET, por conexión con el artículo 17 del mismo, que vedaba toda discriminación, como había reflejado el propio Tribunal Constitucional para quien los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituían una discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 de la CE. No obstante, esta indeterminación quedó subsanada con la redacción del artículo 55.5 del ET dada por la LCVFL al establecer la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o riesgo durante el embarazo o el de las trabajadoras embarazadas.

Sobre el tema se ha pronunciado también el Tribunal Supremo que aborda precisamente el despido disciplinario de una trabajadora embarazada, cuyo estado era desconocido por el empresario en el momento de comunicar el despido. En la sentencia se confrontan dos preceptos: de una parte, el artículo 55.5 del ET, conforme al cual se consideran nulos, además de los supuestos señalados en el mismo (los que tengan por causa alguna de las discriminaciones prohibidas por la Constitución o las leyes o supongan alguna violación de derechos fundamentales o libertades públicas) el de la trabajadora embarazada, desde el inicio del embarazo hasta la fecha de comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad; de otra, el artículo 10 de la Directiva 92/85 que, como garantía de las trabajadoras, prohíbe el despido en el período comprendido desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad.

Para acomodarse a la realidad y tener en cuenta la doctrina jurisprudencial, la LOI, consciente de que el período inmediatamente posterior al disfrute del permiso de maternidad constituye un momento crítico para la estabilidad en el empleo de la trabajadora, incluye dentro de las extinciones y despidos protegidos con la garantía de la nulidad los de los trabajadores, tras haberse reintegrado al finalizar el período de suspensión del contrato de maternidad, siempre que no hubiesen transcurrido nueve meses desde la fecha del nacimiento, salvo que se declare la procedencia del despido o de la decisión extintiva por motivos distintos a la maternidad.

Conforme a lo establecido en el artículo 55.5 del ET es nulo el despido en los siguientes casos:

- El de las trabajadoras y los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción, o acogimiento o paternidad, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad, así como el de los trabajadores que hayan solicitado los permisos previstos en los apartados 4, 4 bis o del artículo 37 del ET (o estén disfrutando de ellos) o estén disfrutando de la excedencia por cuidado de menor o familiar.
- El de los trabajadores o trabajadoras, después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, siempre que no hubiesen transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, la adopción o el acogimiento.

En cualquiera de los tres supuestos, no se aplica la nulidad del despido cuando se declare la procedencia del despido en razón de motivos no relacionados con el embarazo, con el ejercicio del derecho a los permisos, reducciones o excedencia.

#### **4.4. Despido y «móvil discriminatorio»: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres <sup>13</sup>.**

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, es una ley transversal que, según nos indica en su Exposición de Motivos, tiene como objetivo hacer efectivo el principio de igualdad de género en los diversos ámbitos de la realidad social, económica y cultural de nuestro país y garantizar el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones de los particulares con las Administraciones Públicas y en las relaciones entre los particulares, con especial atención, se no sigue diciendo, en el ámbito de las relaciones de empleo, público y privado. Desde esta perspectiva, esto es, desde la que la LOI califica como «corrección de la desigualdad», el análisis se centrará en el ámbito de las relaciones laborales y se restringirá a algunas de las modificaciones legales que en las normas sustantivas y procesales laborales se introducen con la finalidad no tanto de promocionar la igualdad de género en el acceso al empleo, en la formación y promoción profesionales y en las condiciones de trabajo (a lo que la LOI dedica su Título IV, bajo la rúbrica «derecho al trabajo en igualdad de oportunidades») como de garantía o tutela –sustantiva y procesal– del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando este ha sido lesionado por el empresario.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. «Despido y "móvil discriminatorio": garantías, sustantiva y procesal tras la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Actualidad Laboral*. N.º 14 (2007), págs. 1.662-1.664.

Al respecto, se hacen precisas dos puntualizaciones:

- Primera, que las conductas o actos unilaterales del empresario discriminatorios son muy heterogéneos. Si el artículo 10 de la LOI refiere con carácter general a las que denomina conductas discriminatorias, entendiendo por tales los «actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo», el artículo 17 del ET, ahora modificado por la disposición adicional 11.<sup>a</sup> de la LOI, concreta las que hayan de considerarse como tales en el ámbito de las relaciones laborales. El precepto estatutario considera que son tales: «las decisiones unilaterales de empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas»; «las órdenes de discriminar»; y «las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación» (las señaladas entre comillas son las modificaciones que introduce la LOI). Como resulta que la decisión unilateral del empresario más perjudicial o con efectos más graves para los trabajadores es la extinción del contrato de trabajo o despido, aquí se analizan solo las garantías sustantivas y procesales que el legislador prevé ante esta decisión empresarial cuando la misma encubre una intención o móvil discriminatorio.
- Segunda, que ese despido o decisión extintiva puede encubrir una intención discriminatoria basada en cualquiera de las razones o causas constitucionalmente prohibidas. Pero, sin duda, la finalidad de la LOI obliga a conectar la no discriminación por razón de sexo con la no discriminación por razón de cargas familiares con el objetivo aquí de precisar si la expresamente reconocida en la LOI, a saber, garantizar el «derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» se acompaña de las modificaciones legislativas necesarias o, por el contrario, aún se aprecian deficiencias técnico-jurídicas en las normas sustantivas y procesales laborales que impiden su tutela efectiva con relación a la que establecen para el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Ha de advertirse, como criterio básico de nuestra opción interpretativa al respecto, que si bien es cierto que el «derecho a la conciliación» es o se identifica en la LOI con una de las medidas o técnicas indirectas de igualación (se busca, dice la ley, una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares) no menos cierto es que sea o se configure como un derecho autónomo, con un bien jurídico protegido, la familia y, en consecuencia, reconocido a los trabajadores con independencia de su sexo, que requerirá también de medidas «legislativas» de garantía y tutela, «evitando toda discriminación basada en su ejercicio» (LOI, art. 44.1), es decir, evitando que se lesione el derecho a la no discriminación por conciliación o por cargas familiares. Otra cosa bien distinta es que esta concepción dual del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se traduzca por el legislador en la adopción de medidas reales y efectivas de garantía porque, según se expone en este estudio, las diferentes instituciones jurídicas que pueden identificarse como medidas o instrumentos de garantía del despido «discriminatorio» presentan algunas deficiencias como mecanismos de garantía del derecho a la no discriminación por cargas familiares. Es como si, valga la expresión, el legislador hubiese pretendido una graduación de la discriminación, privilegiando el tratamiento del derecho a la no discriminación por razón de sexo con afán omni-compreensivo de todas sus vertientes y, por el contrario, rebajando el nivel protector del derecho a la no discriminación por cargas familiares. Cuando, precisamente, la CE, el artícu-

lo 14, establece solo una, y la misma, garantía constitucional frente a los actos discriminatorios, cualesquiera que sean las causas que los provoquen.

#### **4.5. Implicaciones laborales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres <sup>14</sup>.**

Solo el transcurso del tiempo nos hará ver las bondades de esta Ley Orgánica, o por el contrario colocará el novedoso texto legal en esos archivos de vidriera donde se colocan aquellos textos legales faltos de aplicación práctica, donde seguro todos los lectores podrán «encontrar» un buen número de normas, evacuadas por Gobiernos de distinto «corte» ideológico.

Sea como fuere esta Ley ordinaria, plantea tres grandes incógnitas solamente resolubles con el paso del tiempo.

La primera de ellas, sin duda la que al lector le genera cierto miedo escénico en relación con el redactado, ya lo hemos podido ver, de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la ley en directa relación con la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la misma: las implicaciones del nuevo texto orgánico en normas laborales de gran calado.

Más allá de la evidencia, resultado de desarrollar por Ley Orgánica el redactado constitucional del artículo 14 de la CE, es de reseñar que la Ley está llena de matices. A ciencia cierta es difícil de aventurar lo que el legislador pretende a través de los múltiples mandatos a la negociación colectiva al establecer medidas de acción positiva, o de negociar planes de igualdad, sino que además quedan, como viene siendo habitual en casi todas las materias relacionadas con el Derecho del Trabajo, al arbitrio del intérprete de la norma, con carácter general ajeno al proceso productivo en cuyo seno precisamente es donde puede tener un mayor desarrollo la Ley Orgánica de Igualdad.

Un ejemplo que evidencia lo anterior es la ampliación de la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, a través de la novedad introducida por la Ley Orgánica 3/2007 de reducción en hasta un octavo de la jornada ordinaria para los supuestos de guarda legal o acogimiento. En definitiva, lo que está en juego no es «nada más» que la cuenta de explotación de muchas empresas, ya que tienen que ampliar el programa de contratación muy por encima de sus posibilidades (nótese que un octavo de 20 horas son 2,5 horas por semana que podría llegar a suponer media hora de reducción diaria, con la imposible contratación de un «interino» para cubrir media hora diaria de trabajo). De otra parte, tales empresas no pueden estar al arbitrio de los jueces en cuestiones que afectan a la mera administración de la empresa, máxime con una Justicia en un claro proceso de descentralización, llevándonos a terribles desigualdades en función del territorio.

La segunda gran incógnita es la inversión de la carga de la prueba y la intromisión de lleno por parte del Legislador en ese negocio jurídico tan particular que es la Negociación Colectiva. El ele-

<sup>14</sup> DE LOS MOZOS IGLESIAS, M.M. «Implicaciones laborales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Relaciones Laborales*. Vol. 23, N.º 12 (2007), págs. 98-100.

mento que mejor define la Negociación Colectiva, como elemento fundamental del principio de Autonomía Colectiva definido en el artículo 37.1 de la CE, es la libertad de pacto.

Cierto es que el ET define el contenido mínimo de un convenio, pero no es menos cierto que en la vida de cualquier unidad de negocio existe una libertad de pacto, que aproxima, pese al carácter normativo del convenio, el derecho colectivo a otras fórmulas de contratación, en las que la libertad de cada una de las partes para suscribir el negocio en función de sus intereses es fundamental.

Pues bien, desde la entrada en vigor de la Ley hay un elemento distorsionador: la sospechosa colocación del empresariado español ante la certeza de que debe negociar aspectos tendentes a mejorar la situación de colectivos a priori, y sin explicación alguna, desfavorecidos.

Un ejemplo claro es la obligación de negociar planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores siempre que el diagnóstico de situación, al que antes hacíamos referencia, arroje situaciones de desigualdad.

¿Pero a que es precisamente el Diagnóstico de Situación, elemento a priori cuya potestad es exclusivamente empresarial, lo que los Sindicatos pretenderán negociar? La respuesta es evidente. Es más, a medida que avance la implantación de la Ley, asistiremos a situaciones verdaderamente curiosas, al ponerse en el «tapiz» de la negociación elementos que hasta ahora no se colocaban, como son precisamente aquellos que pueden integrar el diagnóstico de situación, para la obtención de prebendas que nada tienen que ver con una efectiva situación de igualdad o desigualdad en el seno de una empresa.

Todo ello al amparo de una hipotética labor Administrativa sancionadora, ahora con más empuje, algo que desde que la norma laboral contempla ese Derecho colectivo, no había ocurrido.

El tercer elemento de duda, o la tercera incógnita es la relativa al distinto «rasero» con el que se miden empresas privadas y empresas públicas, en un país como España en el que el Sector Público es un empleador principal.

Un vistazo a la Ley obliga a mencionar este hecho como indubitado. No trata igual el Legislador al empresario privado, al que impone más obligaciones, que al empresario público, al que expresa recomendaciones.

Es más, y enlazando el discurso con lo expresado anteriormente, muchas empresas privadas se verán obligadas a «canjear» elementos relacionados con la Ley de Igualdad a cambio de tener acceso a subvenciones, concursos, etc., algo que en relación con lo que ocurre en torno al empresariado público carece de todo interés.

En definitiva, lo que ha hecho el Legislador es «objetivizar» el derecho más sustantivo que existe, el de la igualdad, y el efecto de la ley, bueno o malo, solo lo veremos con el transcurso del tiempo.

## 5. TRABAJO Y EMBARAZO: DE LA PROTECCIÓN AL BLINDAJE CIEGO <sup>15</sup>

Es un dato irrefutable de la realidad actual que las mujeres constituyen uno de los colectivos en los que se aprecian especiales dificultades para acceder al empleo y conservarlo. Y ello es así, entre otras razones, por la tradicional vinculación de la condición femenina a la maternidad y al ejercicio de los derechos a ella inherentes, algunos de los cuales interfieren en la normal prestación de servicios.

En otras palabras, ante un hombre y una mujer, ambos en edad de ser padres, la empresa presume (en la mayoría de los casos con razón) que, en el supuesto de tener ambos descendencia, será la mujer quien suspenda su contrato de trabajo para disfrutar del descanso por maternidad, mientras que el hombre probablemente no lo haga. Este incontestable dato de la realidad cuenta con excepciones tan escasas que resultan poco significativas y que solo sirven para confirmar la regla.

Ante tal panorama, la tentación de discriminar por razón de género en el acceso al empleo es enorme. E igualmente lo es la de operar semejante trato discriminatorio durante la vida de la relación laboral, en concreto cuando muchas empresas se sienten más proclives a extinguir un contrato de trabajo al conocer la inminente maternidad de una de sus empleadas.

Buena parte de las herramientas para luchar contra estas deplorables prácticas están a nuestra disposición desde hace mucho tiempo, enmarcadas en unas normas internacionales y comunitarias preocupadas por este tema.

El Tribunal Constitucional ha aclarado que los tratos peyorativos motivados por una situación de embarazo constituyen una discriminación directa por razón de sexo, ya que es la población femenina la única que es susceptible de encontrarse en dicho estado. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y es el criterio generalizado en los ordenamientos de nuestro entorno.

Los blindajes de un colectivo que de por sí tiene especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo solo pueden tener por consecuencia una mayor prevención empresarial frente a su contratación. Si ya existía una tendencia empresarial mayoritaria a «preferir» trabajadores a trabajadoras (debido a las cargas familiares que siguen siendo asumidas casi siempre por mujeres), puede imaginarse fácilmente lo que pasará por la cabeza del empleador si ahora sabe que el potencial embarazo de una trabajadora cambia las reglas del juego, y ese cambio opera sin que él lo sepa.

Esta teoría no deja de ser curiosa, ya que la maternidad de la mujer y el «cierto blindaje» que posee puede condicionar a la empresa hasta el punto de, ya en el inicio, no contratar a una mujer al ser un sujeto privilegiado laboralmente y no querer asumir la empresa ese citado «blindaje».

<sup>15</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. «Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego. La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades». *Cizur Menor* (Navarra). Aranzadi (2006), págs. 247-248 y 255-256.

## 6. LA PROYECCIÓN DE LA DIGNIDAD, SOBRE LA SALUD EN EL TRABAJO <sup>16</sup>

### 6.1. Introducción al concepto de dignidad en el trabajo y la salud del trabajador.

La dignidad va a ser un valor o un derecho a tener en cuenta en la articulación de cualquier sistema preventivo en la empresa, en la medida en que la propia idea de dignidad supone considerar el derecho a la salud como una de sus metas, pues una eficaz protección de la salud en el trabajo incide en el libre desarrollo de la personalidad. Sobre la base de esa dignidad se tiende a una eficaz protección de la salud en el trabajo para conseguir un efectivo desarrollo de la personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que son inherentes a la persona.

Es decir, si la dignidad implica el desarrollo, realización y perfección en el tiempo de la propia persona con autonomía y sobre la base de medidas que le permitan ejercitar y disfrutar de esos derechos inviolables que le son inherentes, no hay duda de que la dignidad es la base sobre la que deben sustentarse las políticas y acciones en materia de prevención de riesgos laborales. Es esa dignidad, unida a la igualdad y la solidaridad, en la medida en que promueve la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, la que debe erigirse en guía para esas acciones preventivas y saber si las mismas se están aplicando correctamente.

La dignidad está íntimamente unida a la salud psíquica y social en el trabajo y da sentido al fomento y desarrollo de esas dimensiones de la salud. La salud física tendría su fundamento, más bien, en el derecho a la vida y a la integridad física como un derecho a vivir encaminado, desde la prevención, a evitar accidentes y enfermedades que produzcan daños corporales. Sin embargo, procurar el bienestar con uno mismo y fomentar un bienestar con el entorno y las relaciones del individuo en el trabajo de forma tal que le permitan desarrollar el mismo con calidad repercutiendo favorablemente en sus ámbitos extralaborales tiene que ver, más bien, con la dignidad, pues el elemento intocable e inherente a la dignidad es, ante todo, el libre desarrollo de la personalidad.

### 6.2. El acoso sexual.

El acoso sexual <sup>17</sup> es un viejo problema bajo una nueva denominación: esta nació en los últimos 10 ó 20 años, y las empresas, los sindicatos y los lugares de trabajo individuales han empezado a considerarlo seriamente.

Desde la mitad de los años 70, el descubrimiento del acoso sexual en los lugares de trabajo ha recibido una atención considerable, ya que este aparece ampliamente extendido y tiene efectos duraderos sobre un número significativo de mujeres trabajadoras. El informe de personas expertas realizado por encargo de la Comisión Europea reveló que el acoso sexual es un problema grave para

<sup>16</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. «La incidencia de los acosos laborales en la salud de la mujer trabajadora». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 261 (2004), págs. 98-102.

<sup>17</sup> KAUPPLINEN, K. «El acoso sexual no es una broma». *Mujeres*. N.º 23 (1996), págs. 12-13.

muchas mujeres que trabajan en la Comunidad Europea, y la investigación en los Estados miembros, incluidos Alemania, Francia, Holanda y Dinamarca, ha probado que el acoso sexual en el trabajo no es un fenómeno aislado que afecte solo a algunas mujeres.

Las mujeres sufren acoso sexual en el trabajo probablemente mucho más que los hombres. Sin embargo, diversos estudios muestran que estos últimos también pueden padecer acoso sexual, aunque la magnitud del problema en este caso es considerablemente menor. Generalmente ocurre que tanto los hombres como las mujeres responden a sus acosadoras o acosadores de una manera similar: ignorando tal comportamiento o evitando a la persona que los o las acosa.

Una concepción bastante generalizada (y compartida, entre otros, por la Comisión Europea) es la que afirma que acoso sexual significa toda conducta de naturaleza sexual no deseada o cualquier otro comportamiento basado en el género que afecte la dignidad y el bienestar de las mujeres (y de los hombres) en el trabajo. Esto puede incluir conductas físicas, verbales o no verbales inoportunas. El carácter esencial del acoso sexual reside en que es no querido y considerado inoportuno por quien es objeto del mismo (la mayor parte, mujeres). Es la naturaleza no deseada de la conducta lo que distingue el acoso sexual de la conducta amable, que es bien recibida y mutua. Hay en principio una línea de separación bien definida entre conducta romántica, por un lado, y acoso sexual, por otro. La atención sexual se convierte en acoso sexual cuando es inoportuna, no recíproca e impuesta.

Es posible considerar una amplia gama de comportamientos y actitudes como constitutivos de acoso sexual. Se considera comúnmente como conducta física de naturaleza sexual aquella que pretende un contacto físico no querido, yendo desde tocamientos innecesarios, caricias o pellizcos, o el rozamiento al pasar del cuerpo de otro/a empleado/a, hasta el asalto y la exigencia de favores sexuales. La conducta verbal de naturaleza sexual incluye requerimientos sexuales, proposiciones o presiones para la actividad sexual, demandas continuadas de citas y sugerencias para una actividad social fuera del lugar de trabajo, mariposeos o coqueteos ofensivos, comentarios indecentes, insinuaciones. La conducta no verbal de naturaleza sexual se refiere a la exhibición de imágenes sexualmente sugerentes, objetos o materiales escritos, miradas o sonrisas impúdicas, silbidos o la realización de gestos indecentes.

Muchos estudios han descubierto que los abusos verbales o los comentarios verbalmente sugerentes (por ejemplo, bromas, observaciones, indirectas) constituyen la forma más frecuente de acoso, seguida por el acoso no verbal (rozamientos, persecuciones, miradas) y las presiones para mantener una relación sexual. Este orden parece mantenerse a pesar de las grandes diferencias que se observan entre los estudios: los comentarios verbales son la forma más frecuente de acoso, seguida por las posturas sexuales, los tocamientos sexuales y las presiones para mantener relaciones sexuales.

El acoso sexual contamina el entorno de trabajo y tiene un efecto devastador sobre la salud, la confianza, la moral y el rendimiento de las mujeres (y de los hombres) afectadas por él. Crea un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y humillante. Está bien documentado por la investigación que el acoso sexual puede crear una tensión que perjudica el comportamiento emocional, físico y laboral; conduce al absentismo, a la baja por enfermedad, a un menor rendimiento en el trabajo o al abandono del empleo para buscar trabajo en otra parte. Entre sus víctimas (mujeres, en su mayoría), produce sentimientos de disgusto, rabia e impotencia. El acoso sexual tiene también consecuencias

adversas para los empleadores y las empresas. Ejerce un impacto directo sobre la eficiencia económica de estas últimas. Gastos adicionales son los costos de la investigación y la defensa en las quejas, los costos legales, así como los costos empresariales que representa perder el favor del público tras una publicidad adversa. Cada vez más se admite que no es signo de una buena administración aceptar un entorno de trabajo que permite el acoso sexual.

Para las mujeres, el acoso sexual remite a las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres en el trabajo. A menudo el acoso sexual no es un intento de iniciar relaciones sexuales (no es romántico), sino más bien la utilización del poder por parte de los hombres contra las mujeres. Existe una correlación entre el hostigamiento y la intimidación y el acoso sexual. Se ha establecido que el acoso sexual constituye un medio por el cual las personas con poder pueden controlar, manipular e incluso humillar a personas con menor poder. La investigación muestra que el comportamiento sexualmente ofensivo de una persona que se encuentra en una situación de autoridad es más susceptible de ser percibido como más violento que el mismo comportamiento de un igual o un subordinado.

Los hombres tienen un papel central que cumplir en la creación de una cultura del lugar de trabajo libre de acoso. Ello es así, en primer lugar, por el hecho de que las mujeres son generalmente las víctimas del acoso por parte de los hombres y, en segundo término, porque los hombres ocupan más a menudo posiciones de autoridad y ejercen una mayor influencia en la cultura del lugar de trabajo. El acoso sexual impide el desarrollo de buenas relaciones profesionales entre mujeres y hombres en el trabajo.

La legislación sobre acoso sexual es relativamente reciente: comenzó su desarrollo moderno en la mitad de los años 70, en Estados Unidos. El concepto de acoso sexual, en sentido legal, ha sido exportado de este a otros países, entre ellos Australia, Canadá, Japón y Europa occidental. Muchos de ellos vieron aparecer por primera vez la expresión *acoso sexual*, desde un punto de vista legal, en la década del 80 o a principios de los años 90.

Con frecuencia, se considera el acoso sexual como un tema embarazoso, y se tiende a negar su existencia en la vida laboral. No es una cuestión que resulte fácil incorporar a la agenda de la discusión pública o al tratamiento colectivo. A menudo es visto como un problema privado relacionado con la interacción varón-hembra en el trabajo.

La mayoría de las veces el acoso ha sido enfocado de una manera preventiva, suministrándose consejo, orientación y ayuda a la persona afectada. En los casos de acoso, resulta especialmente difícil encontrar pruebas objetivas o documentación sobre lo que ha ocurrido. Así, es importante advertir a la gente, y sobre todo a las mujeres, acerca de la forma de probar los incidentes de acoso. A menudo las víctimas, y particularmente aquellas, tienen miedo a las represalias, al desempleo o al prejuicio social. En consecuencia, muchas de estas personas (sean hombres o mujeres) no toman ninguna acción o manifiestan una actitud pasiva hacia el acoso. Sucede de este modo, en especial, cuando la víctima no encuentra apoyo para su caso. También resulta importante sensibilizar a hombres y mujeres respecto a ciertas conductas y actitudes que podrían estar vinculadas con el acoso.

El artículo 4.2 e) del ET ha contractualizado esta dignidad al establecer que el trabajador «tiene derecho a la consideración debida a su dignidad, comprendiendo también las ofensas físicas o verbales de naturaleza sexual». Así, esta dignidad relacionada con la salud supone la necesidad de prevenir los riesgos

atentatorios contra la misma y, concretamente, como una manifestación de esos riesgos el acoso sexual en el trabajo. Este acoso, aunque no venga regulado como tal en la LPRL, puede considerarse riesgo laboral al suponer la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño –manifestado en una enfermedad, como la depresión, o una lesión, en la medida en que se puede llegar a atentar contra el propio cuerpo– con motivo u ocasión del trabajo, definición de riesgos recogida en el artículo 4 de la LPRL.

Sobre la base de la Resolución del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la 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 y la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73, el acoso sexual puede definirse como «toda conducta verbal o física, de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección de una empresa, o en relación o como consecuencia de una relación de trabajo, realizada por un sujeto que sabe, o debe saber, que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo y a las condiciones de trabajo, y/o creando un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante». De esta definición se extraen, por un lado, sus elementos configuradores: actuación de tipo sexual indeseada por la víctima y que además le resulta ofensiva. Por otro, sus tipos y sujetos: el realizado por un superior jerárquico, empresario o no, y que consiste en hacer depender la contratación, la mejora de las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo de la negativa o sometimiento de la víctima a propuestas de tipo sexual, y el denominado acoso ambiental con el objetivo de crear un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio o inseguro, realizado por cualquier compañero de trabajo, superiores o clientes de la víctima.

Lo determinante para calificar el acoso sexual como tal es que la conducta sea indeseada, puesto que si el comportamiento es aceptado y mutuo no existe acoso. Si bien, hay que ser muy cautelosos con el hecho de que la conducta sea aceptada pues en ocasiones se acepta por miedo o no se dice frontalmente un no. Así, en nuestro país, para evitar posibles abusos del acosador ante un rechazo de la víctima no frontal o ambiguo, la Jurisprudencia ha puesto de manifiesto que no es necesaria una reacción con carácter inmediato ni contundente. También ha señalado que ese carácter hostil que puede llegar a crear el acoso sexual no puede depender tan solo de la sensibilidad de la víctima, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que «debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes, o solo un amago o quedó en licencias o excesos verbales, y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente de trabajo».

### **6.3. Acoso sexual: desarticular la relación de poder a través de la prevención. El acoso sexual desde la perspectiva de género**<sup>18</sup>.

Desde el punto de vista tanto conceptual como legal, el acoso sexual es una forma de discriminación de género en el sentido de que está íntimamente vinculada a los roles que se atribuyen a

<sup>18</sup> DAVID, N. «Acoso sexual: desarticular la relación de poder a través de la prevención». *Educación Obrera*. N.º 133 (2003), págs. 7-9.

las mujeres y a los hombres en la vida social y económica y a sus inevitables efectos en la posición de las mujeres en el mercado laboral.

Si algo así les sucede es porque «se lo buscaron» o incluso porque «les gusta». Esos son algunos de los comentarios clásicos con los que se intenta hacer recaer la responsabilidad en la víctima, que sale entonces doblemente perjudicada. No solamente no se la reconoce como víctima, sino que, además, se la acusa de haber provocado el comportamiento en cuestión. En resumidas cuentas, se le endosa la responsabilidad del hecho.

Sin embargo, para la víctima las consecuencias del acoso sexual son potencialmente muy grandes, tanto en el plano físico como psíquico (pérdida de confianza en sí misma, ansiedad, dolores de origen psicósomático, problemas de alimentación, depresión, etc.). Las consecuencias en el plano social y familiar (aislamiento, ruptura) a veces son igualmente dramáticas. En ciertas situaciones, el acoso sexual puede transformarse en acoso psicológico (intimidación): ante la negativa de su víctima, el acosador despechado puede intentar vengarse haciéndole la vida imposible a su «víctima» hasta que esta se derrumbe.

En el seno de las empresas, el acoso sexual tiene, además, efectos negativos en la calidad del trabajo, la productividad, la motivación, el índice de absentismo y la rotación del personal. No hay que olvidar tampoco que en una creciente cantidad de países, las consecuencias financieras de los juicios que entablan los empleados por acoso sexual pueden ser muy grandes.

En lo concerniente al nivel global de la empresa, el acoso sexual constituye un obstáculo para toda verdadera igualdad, prepara el terreno para la violencia sexual y, debido a su negativa repercusión en la productividad de las empresas, es una traba para el desarrollo económico.

Países industrializados y países en desarrollo, ninguna región del mundo se escapa. Empresas grandes o pequeñas, servicios públicos o privados, comercios y mercados, explotaciones agrícolas y plantaciones, ningún sector de actividad y ningún tipo de empresa está a salvo.

Hay ciertos mitos<sup>19</sup> sobre el acoso sexual que hay que desterrar, como son: el acoso sexual es un intento brutal de iniciar las relaciones sexuales, otra idea equivocada es que afecta solo a

<sup>19</sup> RUBENSTEIN, M. «Hacia una política contra el acoso sexual». *AEDIPE*. N.º 1 (1991), pág. 32. Primero. El acoso sexual es un intento brutal de iniciar las relaciones sexuales: el acoso sexual no suele tener relación con el «deseo sexual», normalmente se trata de una exhibición de «poder». Los hombres que cuentan chistes obscenos sabiendo que resultan violentos para las compañeras de trabajo o que muestran dibujos obscenos a las mujeres, no pueden imaginar que este comportamiento indeseado no provoque el interés sexual. Por el contrario, muestran hostilidad hacia las mujeres, no pueden imaginar que este comportamiento indeseado no provoque el interés sexual. Por el contrario, muestran hostilidad hacia las mujeres trabajadoras e intentan «ponerlas en su sitio». Segundo. Afecta solo a las mujeres atractivas: no existe un prototipo de víctima en el acoso sexual, pero la probabilidad de sufrir el acoso sexual se asocia más a la vulnerabilidad de percepción del destinatario que a su aspecto físico. Las mujeres separadas o divorciadas, mujeres trabajadoras en puestos principalmente masculinos y las nuevas empleadas de mano de obra son las que se ven más sujetas a este tipo de acoso. Tercero. Forma parte de un orden natural de las cosas que las mujeres deben soportar: que varias organizaciones, aquí y en el extranjero, hayan dado pasos eficaces para reducir el acoso sexual se puede demostrar que es falso. El acoso sexual deja de formar parte del orden «natural» de las cosas tan pronto como las mujeres dejan de soportarlo. Cuarto. Los hombres no aceptarán nunca eliminar los carteles de desnudos: puede que lo hagan si se les explica lo molestos que resultan para las compañeras de trabajo e, incluso, para sus mujeres e hijas. En cualquier caso, lo que resulta apropiado y permisible en el lugar de trabajo depende de la decisión del responsable.

las mujeres atractivas, o también hay el pensamiento generalizado de formar parte de un orden natural de las cosas, que las mujeres deben soportar y finalmente también es muy común asumir, que los hombres no aceptarán nunca eliminar los carteles de desnudos en el centro de trabajo.

El acoso sexual <sup>20</sup> es una realidad preocupante y ampliamente extendida en los lugares de trabajo. Sin embargo el problema sigue siendo ignorado: los sindicatos de los asalariados, al igual que los empleados no han tomado todavía medidas importantes para terminar con este fenómeno. Esta situación de no reconocimiento del acoso sexual como una realidad social contribuye a mantener el silencio sobre este tema; esto tiene como consecuencia que se deja creer a las mujeres que el acoso sexual es parte integrante de sus condiciones de trabajo. Las reacciones de resignación de las trabajadoras son prueba de ello.

Hasta que este fenómeno no sea tomado en serio por los poderes públicos, por las patronales, por las asociaciones de asalariados, al igual que por la sociedad en general, los autores de acoso sexual actuarán con toda legitimidad y las mujeres seguirán callándose.

Una sentencia que merece análisis y emblemática desde el punto de vista de la interrelación entre acoso sexual y acoso moral y psicológico en el trabajo es la Sentencia del Tribunal Supremo y más conocida en el ámbito jurídico como Caso Nevenka <sup>21</sup>. Respecto a la sentencia dictada, la aplicación del delito de acoso sexual y la no aplicación del delito de lesiones psíquicas no deja de destacar, ya que la situación de acoso conlleva una situación «objetiva y gravemente intimidatorio, hostil o humillante», es decir, si se constata el acoso sexual, es que además de la solicitud de favores sexuales a la víctima, se crea una situación que es ya en sí misma constitutiva de lesiones psíquicas. Quizás el momento en el que se dicta esta sentencia hace que no se tomen, como se debieran, todos los antecedentes de lesiones psíquicas y estrategias emprendidas por el acosador.

Además destacar que se reconoce el acoso sexual pero no así el acoso moral y que leyendo la sentencia y según los hechos demostrados, también se cometió acoso moral y psicológico en el trabajo al utilizar maniobras de acoso características y producir un daño psicológico, que finalmente no reconoce la sentencia.

Como conclusión <sup>22</sup>, cabe resaltar que las actitudes y comportamientos violentos en el trabajo hacen intolerable la vida de muchos trabajadores. No cabe duda de que es un tema de actualidad, cada vez más estudiado y fundamental en las relaciones laborales de los próximos años, en las que los problemas relacionados con aspectos psicosociales en el ámbito laboral van ganando terreno a otros más tradicionales. Es necesario reconocer el acoso sexual como un problema laboral que preocupa tanto a varones como a mujeres, siendo la prevención un elemento fundamental para luchar contra

<sup>20</sup> DUCRET, V. «Acoso sexual, la realidad oculta de las mujeres en el trabajo». *AEDIPE*. Diciembre (1993), pág. 26.

<sup>21</sup> Sentencia Tribunal Supremo núm. 1460/2003 (Sala de lo Penal), de 7 de noviembre. Recurso de casación núm. 1624/2002.

<sup>22</sup> SÁEZ NAVARRO, M.C. «Sentencias comentadas: STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999 (RTC 1999, 224)». Acoso sexual en el trabajo. *Aranzadi Social*, N.º 19 (2000), pág. 34.

el acoso sexual. En este sentido, el Código de conducta de la Comisión Europea (RUBENSTEIN y DEVRIES, 1993) incluye varias orientaciones al respecto. Entre otras medidas, se recomiendan la adopción y comunicación eficaz de políticas claras sobre este tema (comunicación escrita del derecho a ser tratado con dignidad, de la persecución del acoso sexual en el trabajo y del derecho a denunciarlo), la responsabilización de la línea directiva en la comunicación y formación de su personal sobre las directrices; y, en último caso, el tratamiento disciplinario de los infractores y procedimientos de ayuda adecuados para las víctimas, que incluye la confidencialidad en un primer momento, la asistencia necesaria y el asesoramiento por persona del mismo sexo y el sistema formal y efectivo de resolución. Dada la gravedad y la complejidad del problema y la escasez de información fiable, es preciso realizar más estudios sobre este tema, lo que requiere un esfuerzo interdisciplinar por parte de profesionales implicados.

En Estados Unidos, la amplia cobertura que los medios de comunicación han dado a los casos de acoso a mujeres que se han «entrometido» en puestos y lugares de trabajo ocupados tradicionalmente por varones así como la notoriedad adquirida por destacadas figuras de la vida política y pública, que se han visto envueltos en presuntos casos de acoso, han provocado un aumento de las quejas presentadas que luchan contra la discriminación así como el número de demandas civiles presentadas. En España, esta sentencia mencionada probablemente haya influido en el sentido de una mayor toma de conciencia del problema; no obstante, sería deseable no tener que recurrir a los Tribunales pues, como en otros muchos casos, siempre existirá la duda acerca de la reparación al daño causado al trabajador. Probablemente, en algunos casos, le marcará durante el resto de su vida.

#### 6.4. La noción de acoso por razón de sexo y de acoso sexual <sup>23</sup>.

El acoso por razón de sexo y el acoso sexual pertenecen a la misma categoría, el acoso y, dentro de este, el acoso discriminatorio por razón de sexo. Pero son dos comportamientos distintos, esto es, conforman dos tipos de acosos discriminatorios, cuyas diferencias conviene brevemente ser apuntadas. En el acoso motivado por el sexo de una persona, el término «sexo» debe entenderse en el sentido de género, femenino o masculino. Está representado por todas aquellas actitudes y comportamientos basados en generalizaciones descalificadoras del sexo femenino o del masculino y que –a diferencia de las ofensas, que suelen tener un carácter puntual o concreto–, se efectúan de modo sistemático, reiterativo, con la intención o con el efecto de menoscabar la dignidad de la persona acosada, creando como bien describe la norma, un «entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». El segundo tipo de acoso discriminatorio, el acoso sexual, toma su causa en el sexo, entendido ahora este término en sentido estricto, esto es, referido a la vertiente sexual o a la sexualidad de la que gozan las personas, por lo que se identifica con comportamientos que están, directa o indirectamente, referidos a los órganos sexuales, a sus condiciones anatómicas y fisiológicas, y muy especialmente a la obtención de placer carnal.

<sup>23</sup> MURCIA CLAVERÍA, A. «La noción de acoso por razón de sexo y de acoso sexual en la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, y las perspectivas (necesarias) de reforma en la legislación laboral española». *Documentación Laboral*. N.º 74 (2005), pág. 152.

Dicho esto, conviene detenerse en la categoría del «acoso discriminatorio» en este caso por razón de sexo, es decir, en la consideración de que ambos tipos de conductas, el acoso por razón de género y el acoso sexual, son discriminatorias por razón de sexo, tal y como indica de forma indubitada el párrafo 3 del artículo 2 (Directiva 2002/73), calificación que es, sin duda, uno de los aspectos más sobresalientes que incorpora dicha norma y que mayor repercusión ha tenido en la regulación de los Estados miembros.

### 6.5. La regulación de la nueva figura denominada acoso en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre <sup>24</sup>.

A finales de diciembre del año 2003 existía la preocupación de regular este fenómeno típico de las relaciones laborales con numerosas propuestas y gran repercusión social en los medios de comunicación, publicación de libros, proliferación de estudios y conferencias sobre la materia, etc. Parecía que se iba a regular por fin el acoso moral y psicológico en el trabajo, como consecuencia del reconocimiento de los tribunales ante la situación a la que algunos trabajadores se ven sometidos. Esta nueva normativa del acoso moral y psicológico fue sustituida por otra figura jurídica denominada acoso y viene recogida como «ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado». La lectura final del BOE hace constatar que estamos ante otro fenómeno que no es objeto de nuestro estudio. Existe un temor claro a su definitiva regulación por estar a la espera de un pronunciamiento comunitario informador que establezca una normativa común en todos los Estados miembros. También hay autores que manifiestan su desacuerdo con la promulgación de una ley y que insisten en que ya existen cauces en nuestra legislación para defender a los trabajadores de estas conductas.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que es como se denomina específicamente, comienza estableciendo en su Exposición de Motivos, que el Título II denominado «De lo Social» regula diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en un reforzamiento de la no discriminación por todas las causas amparadas por el artículo 14 de la CE.

La primera nota a resaltar es que el acoso moral y psicológico en ningún caso está asociado a un principio de no discriminación. En la mayoría de los casos dicha discriminación no existe y hay otros objetivos para hacer vacío al trabajador como el ahorro de una indemnización de despido o el temor ante un rival en la promoción profesional. Hay otros principios a los que habría que acudir como la dignidad humana (art. 10 CE) o la integridad moral (art. 15 CE).

A continuación se aclara la incógnita de a qué se debe la nueva legislación, al afirmar que lo que hace es la obligada transposición de dos Directivas de la CE (la 2000/43 y la 2000/78), relativas a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación frente a la discriminación basada en la religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

<sup>24</sup> GIMENO LAHOZ, R. «La actuación del juez frente a "la presión laboral tendenciosa", ventajas y desventajas de su tipificación». Primera Jornada de Análisis Integral del *Mobbing*. *Ámbito Jurídico*. Girona, 25 de noviembre de 2005.

A estas alturas de la Exposición de Motivos ya se podría anticipar que la nueva regulación, si afrontaba el *mobbing*, lo haría de una forma parcial, pues los casos que no tuvieran una conexión con la raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, quedarían fuera de la misma.

Resaltar por lo tanto que la voluntad de aplicar el principio de igualdad de trato y no discriminación no es general, sino limitado a dichas condiciones personales y en los términos que en cada una de sus secciones se establecen. El hecho discriminatorio delimitado a las mencionadas causas y no otras.

A continuación la norma advierte que el Capítulo III será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado, y esta afirmación tiene bastante importancia porque sirve para resolver alguna duda posterior, como saber cuál es la definición de acoso aplicable a la Administración.

El artículo 28 contiene una serie de definiciones, aplicables al Capítulo III, de las que destacan para nuestro estudio del *mobbing*, las siguientes:

- a) *Principio de igualdad de trato*: «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona».
- d) *Acoso*: «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

#### 6.5.1. La Ley 62/2003 crea una nueva figura jurídica: el acoso.

La primera conclusión después de la normativa promulgada recientemente es que la Ley 62/2003 crea una nueva figura jurídica, inexistente hasta este momento en nuestro ordenamiento jurídico, cual es la del acoso. El acoso pasa a ser a partir de esta norma una institución jurídica, perfectamente delimitada, y cuyos contornos son la relación con el origen racial-étnico, la religión-convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Esta figura ya tenía un antecedente directo en la definición de acoso por discapacidad de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, donde se contiene la definición de conducta de acoso, como «toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

Teniendo en cuenta que la figura de acoso de la Ley 62/2003 comprende también las conductas relacionadas con la discapacidad, parece desprenderse de ello que el Legislador ha optado por la

creación de la figura jurídica del acoso de forma progresiva, conteniendo la definición del acoso de la Ley 62/2003, la definición de la conducta de acoso relacionado con la discapacidad que ya teníamos en la Ley 51/2003.

Con ese procedimiento que ha utilizado el Parlamento, pues en menos de un mes se ha procedido a regular dos veces el acoso relacionado con la discapacidad, también se le puede censurar que –sorprendentemente– la definición, aunque próxima, no sea la misma.

Más que derogación de una ley por otra ley, llevada a cabo en plazo inferior a un mes, la cuestión creo que se debe plantear como la génesis de una figura jurídica nueva –el acoso–, que se inició en referencia a la discapacidad, y que inmediatamente se amplió al origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Pero es bueno reparar, hilando muy fino, que se podrían ver unas mayores exigencias de que la conducta sea «no deseada y además que tenga como objetivo o consecuencia» atentar contra la dignidad y crear un concreto entorno, que son extremos más rigurosos desde el punto de vista de la prueba.

La Ley 51/2003 responde a la inquietud del legislador de mejorar paulatinamente en todos los órdenes la existencia de los discapacitados y claro está, posteriormente, de todos los trabajadores en general independientemente de sufrir discapacidad alguna.

Dicho acoso protegido (Ley 51/2003), y posteriormente mencionado en la Ley 62/2003 supone una redundancia que el legislador podría haber evitado. En esta última norma se englobarían también a los discapacitados. En estos casos, dado que la Ley 62/2003 incorpora un elemento de subjetividad a la definición –que no tenía la definición de la Ley 51/2003– cual es que la conducta no sea deseada por la víctima, nos encontraremos con una dificultad insalvable para corregir el acoso, cuando no contemos con la colaboración de la víctima. Sirva ello como toque de atención si se pretende actuar contra el acoso «desde fuera» de la relación sujeto activo-sujeto pasivo.

Solo existirá acoso si la conducta está relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual y este es el acoso que está regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Se establece, por tanto, un *numerus clausus*.

Así una conducta de este tipo que se llevara a cabo contra una persona gorda por su condición física, no sería acoso. Lo mismo podría decirse si fuera calva, tuviera las orejas grandes, etc. Cualquier hecho discriminatorio por la circunstancia de ser diferente, si no se engloba en dichas notas prefijadas, no sería acoso.

Un primer indicio de que este acoso no es el *mobbing* lo aporta las exigencias que adjetivan el acoso (raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), que son precisamente bastante manifiestas o externas, de tal forma que frente a dichos comportamientos, por un lado los Tribunales han podido dar amparo en aplicación directa del artículo 14 de la CE –como parte del ordenamiento jurídico–, y por otro lado el sujeto pasivo se ha dado cuenta enseguida del moti-

vo de dicha conducta. Podemos mencionar aquí que dicho principio de igualdad y no discriminación ya era protegido en nuestro sistema. Incluso la posibilidad de la utilización del recurso de amparo manifiesta la especial protección de este derecho, la especial preocupación del legislador por el estatus privilegiado de los Derechos Fundamentales.

Pero en el *mobbing* no es tan palpable la vulneración de derechos y la víctima se encuentra en una espiral de deterioro físico y mental que no le permite el discernimiento de lo que le está ocurriendo. Suele ser con el tiempo y tras algún período de baja cuando empieza a analizar su situación.

A su vez, el acoso raza-etnia, religión-convicción, discapacidad, edad u orientación sexual, se produce por toda conducta. En el *mobbing* nunca existe una sola conducta que legitime a decir que nos encontramos ante un supuesto de *mobbing*, porque precisamente una de sus características fundamentales es la actuación en el tiempo (conducta continuada durante un período de tiempo). Las conductas sutiles y reiteradas para minar la moral y la salud del objetivo.

#### 6.5.2. La estructura del acoso (Ley 62/2003) es de imposible utilización para el *mobbing*.

Después de este estudio podemos llegar a la conclusión que como mencionábamos en un principio este acoso es una nueva figura jurídica y que hace un gran daño a los que pedimos una definitiva regulación del *mobbing*. Hay numerosos autores que discrepan y prefieren utilizar las herramientas actuales de defensa de los derechos laborales de los trabajadores y no regular finalmente el acoso moral y psicológico. Existe un peligro y es la judicialización de la vida laboral. Como ya analizamos, no toda conflictividad laboral es *mobbing*. Habría que delimitar perfectamente el fenómeno para que los casos que efectivamente no constituyen la figura a análisis no sean estimados desde un principio. Dar pautas a los inspectores de trabajo para evitar cualquier tipo de acoso y que los jueces conozcan a que atenerse. Una figura como el *mobbing* que no es regulada puede ser objeto de recelo por parte de los jueces. A pesar de ello, ya hay numerosa jurisprudencia y los jueces en muchas ocasiones están al día de la repercusión social de esta problemática laboral. Falta que el legislador acabe por trasladar a una norma, lo que es una auténtica realidad en las relaciones laborales. Quizá se está esperando a un pronunciamiento comunitario que informe a todos los países sobre una legislación común. Mediante la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo 2001/2339 (INI), acta del 20 de septiembre de 2001, se propone la elaboración de un Libro Verde por parte de la Comisión sobre la responsabilidad social de las empresas en el ámbito europeo en esta materia.

Es preciso desarrollar aquí los tres caracteres que configuran la nueva institución jurídica:

a) Toda conducta no deseada + relación con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Como elemento a destacar de la definición de acoso se puede indicar que la misma comience con la expresión «toda conducta no deseada», y ello es así porque automáticamente bastará un solo comportamiento, una sola conducta, no lo dice la ley, pero sin lugar a dudas debe buscarse en lo evidente o indu-

bitado de la transgresión que se lleva a cabo; cualquier conducta relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, va a ser tangible, perceptible, porque las condiciones personales antedichas también son tangibles o perceptibles por la comunidad y, consecuentemente, una sola conducta de este tipo, puede denotar la antijuricidad de la conducta.

Este planteamiento no podría ser aplicado al *mobbing* en una futura regulación, porque en él la conducta no tiene ese carácter grotescamente infractor. Se trata precisamente de una sucesión de comportamientos que analizados individualmente, se encuentran en el límite de la legalidad, o mejor dicho, dentro de lo que es una prestación de servicios cotidiana, por lo que una sola conducta no va como dicha infracción tangible al ordenamiento jurídico; solo la consideración en su conjunto de todas esas conductas padecidas por la víctima, darán unicidad a la situación y podrán evidenciar la antijuricidad del comportamiento.

Una segunda dificultad que presenta este primer elemento vertebrador de la definición de acoso en la Ley 62/2003, para ser utilizado en una futura definición del *mobbing*, es que la conducta queda adjetivada por la relación con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual; en la Ley 51/2003 el acoso es por discapacidad; y en el acoso sexual el adjetivo identificador del acoso es la conducta libidinosa. En el *mobbing* no existe este calificativo. ¿Con qué se podría relacionar el comportamiento en el caso del *mobbing*? ¿Con la moral –para los que defienden el término acoso moral–? ¿Con la psique –para lo que defienden el término acoso psicológico–? Están bien delimitadas las dos vertientes, tanto la moral como la psicológica. La moral relacionada con la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores y la psicológica con la búsqueda del daño mermando su salud, minando su estabilidad emocional.

b) Que tenga como objetivo o consecuencia.

Este elemento vertebrador en la definición de acoso tiene como virtud no dejar resquicios de impunidad, al ser una fórmula suficientemente amplia. Lo cierto es que al contener esta definición la opción de que la conducta tenga dicho objetivo o consecuencia, llegamos a la conclusión de que, en realidad, quizás bastaría con que el legislador hubiera recogido la expresión... que tenga como consecuencia atentar a la dignidad y crear el entorno laboral hostil, se acierta a entrever como prácticamente inexistente.

Lo relevante de todas formas, y por lo que considero que no podría utilizarse la expresión mencionada –...que tenga por objetivo o consecuencia...–, es que la definición de *mobbing* que no contenga su elemento finalista omite su elemento nuclear, dado que si algo caracteriza al *mobbing* es ese elemento finalista; si de verdad hay algo que hace que el *mobbing* tenga la crueldad que tiene es que es una conducta deliberada que busca un resultado.

El *mobbing* es doloso; el *mobbing* no es un accidente que ha acaecido, o un exceso verbal que se ha tenido un día. El *mobbing* es una conducta sostenida en el tiempo de forma consciente y voluntaria, buscando un resultado final. La supresión del elemento finalista en el acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, al indicarse que puede producirse tanto si

es ese el objetivo, como si esa es la consecuencia, se debe sin lugar a dudas a lo grueso de la conducta, por lo abiertamente antijurídico de la misma. Pero en el *mobbing* ni va a existir dicho comportamiento individual flagrante y evidente, ni es ese el núcleo de su gravedad; el núcleo es que nos enfrentamos a un comportamiento sibilino sucesivo, pero destinado a un fin, con plena conciencia y voluntad de ello, y por lo tanto, si esa conducta finalista es el núcleo del *mobbing*, dicho elemento no puede desaparecer de una hipotética definición, como la haría de *ipso* si se utilizara la expresión... como objetivo o consecuencia..., otorgando al comportamiento generador del *mobbing* una nota de accidente fortuito.

c) Atentar a la dignidad + crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

La definición no llega a explicar qué se entiende por dignidad, pero es comúnmente aceptado que la dignidad de la persona (art. 10 CE) es el derecho que tiene toda persona a ser tratada como tal, por el hecho de serlo.

Debe repararse en que la definición del acoso por discapacidad de la Ley 51/2003 hace referencia, por un lado, a otra enumeración «... un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Y por otro lado que, en la actual «promulgación de leyes sin solución de continuidad», la Ley 51/2003 estableciera en su definición como tercer elemento vertebrador la conjunción disyuntiva (o), en lugar de la conjunción conjuntiva (y) que hace la Ley 62/2003; de esta forma, si analizamos el acoso por discapacidad conforme a la Ley 51/2003 bastaría con que hubiese un ataque a la dignidad o la creación de dicho entorno laboral para que se diera el acoso; mientras que de esta forma, si analizamos el acoso por discapacidad conforme a la Ley 62/2003, será necesario que concurren acumuladamente los requisitos del ataque a la dignidad, y la creación del entorno laboral proscrito.

Como conclusión de todo lo anterior se podría decir que la proximidad lingüística entre las expresiones «acoso» (Ley 62/2003) y «acoso moral» (*mobbing*), no debe confundir a los usuarios de esta última expresión sobre una proximidad jurídica entre ambas instituciones que no existe. GIMENO LAHOZ propone traducir al castellano el término *mobbing* como presión laboral tendenciosa.

### 6.5.3. Las consecuencias de una regulación explícita incorrecta.

La dificultad que genera el Legislador con la técnica utilizada en la Ley 62/2003, no debe hacer perder de vista la existencia de otros artículos, que influyen de una forma u otra en lo expuesto, como es el artículo 37. Este artículo modifica el artículo 4.2 e) del ET, incluyendo entre el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, la protección frente al acoso por razón de su origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

A su vez introduce el artículo 54.2 g) del ET, considerando incumplimiento grave y culpable del trabajador que legitima su despido, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

De esta modificación que se realiza en el ET, debe destacarse una cuestión, aparentemente no detectada, y es que la misma se muestra dispar –o lo hace con distinto rasero– a la hora de medir la

conducta del trabajador y del empresario, cuando se trata de sancionar este tipo de acoso. El hecho de que se haya modificado el artículo 54.2 g) del ET, y no se haya modificado el artículo 50 del ET, conduce a que una conducta de acoso por razón de raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, que lleve a cabo el trabajador, puede suponer su despido porque la definición del artículo 28 –que es de aplicación porque el art. 37 modificador del ET se encuentra en el mismo Capítulo III–, considera acoso «toda conducta». En cambio ese mismo comportamiento individual, si lo lleva a cabo el empresario y es el trabajador quien solicita la extinción de la relación laboral conforme al artículo 50 del ET, tendrá que demostrar que dicho comportamiento unitario constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones como empresario; es decir, el trabajador tendrá que demostrar una gravedad del empresario que no le otorga la ley, como sí hace con el empresario respecto a la conducta del trabajador; con lo que se puede concluir afirmando que esta disposición legal por la igualdad y no discriminación, llega ella misma a producir una paradoja, al tratar con distinto rasero el acoso, dependiendo de si lo realiza un empresario o un trabajador.

También es ejemplo de las dificultades de una regulación explícita el artículo 40. Con este artículo se modifica la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) incorporando en el artículo 181 –tramitación por la modalidad de tutela de derechos fundamentales–, las demandas por acoso, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este Capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos».

Esta modificación lleva aparejada consecuencias importantes:

La primera de ellas es que por acoso se entiende solo un tipo de acoso –en concreto el acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual–.

Contrariamente a lo que manifiestan algunos autores, que entienden que el artículo 181 de la LPL es un avance en la lucha contra el *mobbing* por permitir canalizar todo tipo de acoso (y por lo tanto el acoso de la Ley 62/2003, pero también el acoso moral), considero que el artículo 40 de la Ley 62/2003 se encuentra dentro del Capítulo III, y por lo tanto sometido a lo dispuesto en el redactado del artículo 28, cuando dice que a los efectos de este Capítulo se entenderá por acoso toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Es decir, no basta hacer una traducción de *mobbing* por el término acoso moral, para que se puedan canalizar los supuestos de *mobbing* por el artículo 181 de la LPL –que utiliza la expresión acoso–; como por otro lado tampoco sería camino procesal adecuado para otras traducciones del tenor, acoso inmobiliario, acoso electoral, acoso mediático, etc. La figura jurídica «acoso» tiene en nuestro ordenamiento jurídico unos límites claros, que son los del la Ley 62/2003, y ello por imperativo del artículo 28, con lo que no se puede buscar más bondades de las literales.

En puridad, ni siquiera el acoso sexual entraría por esta vía explícita creada. Otra cosa es que los Tribunales de Justicia canalicen el supuesto de acoso sexual por la vía general de los derechos fundamentales del artículo 181 de la LPL, entendiendo que en el acoso sexual quedan vulnerados derechos como la intimidad, honor,... pero no deja de ser llamativo que la técnica legislativa de limitar la definición de acoso conduzca a este resultado.

Pero sin lugar a dudas la consecuencia más relevante de este nuevo artículo 181 de la LPL conectado con el artículo 28 de la Ley 62/2003 es que, en mi opinión, la expresión acoso moral ha caído en desgracia con esta regulación, y ya no porque todos los acosos regulados son un ataque a la moral o la psique de la persona (¿o es que acaso puede dudarse de que la persona afecta a un acoso sexual, a un acoso por discapacidad, o a un acoso por raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, no está sufriendo un ataque a su moral o a su psique?), sino porque a partir de ahora, la proximidad terminológica entre acoso y acoso moral puede conducir a un resultado desfavorable para la víctima de *mobbing*, si no concurren –como suele ser lo normal– circunstancias relativas a raza-etnia, religión-convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La víctima de *mobbing* –traducido por la inmensa mayoría al castellano como acoso moral– que acuda a los Tribunales manifestando que es víctima de acoso, se puede encontrar con una reacción del Magistrado, interrogándoles sobre la existencia de característica personales como la raza-etnia, la religión-convicciones, la edad o la orientación sexual; y si la respuesta es negativa –como ocurre en la inmensa mayoría de los casos de *mobbing*–, obtenga una respuesta judicial desestimatoria porque conforme al artículo 181 de la LPL en relación con el artículo 28 de la Ley 62/2003, no es víctima de acoso.

En definitiva, no hay todavía en España norma al efecto. Parece que el legislador está esperando a un pronunciamiento comunitario para unificar criterios. En cambio se ha introducido una nueva figura jurídica denominada acoso pero que en ningún caso debe ser equiparada al fenómeno de las relaciones laborales llamado acoso moral y psicológico. Determinados estudiosos de la materia, en sucesivas conferencias divulgativas, consideran equivocada la necesidad de contar con legislación que enmarque este tipo de acoso que analizamos. Desde los foros en Internet, asociaciones anti-*mobbing* y publicaciones sobre el acoso moral se insiste sobre la necesidad de una norma que proteja a los trabajadores de este tipo de violencia moral y psicológica en el trabajo. Aunque creo positiva dicha promulgación, también hay que dejar claro que existen herramientas actualmente para proteger al trabajador de las mencionadas conductas.

## 7. EL ACOSO LABORAL Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

### 7.1. La conciliación del empleo y del hogar: respuesta y reflejo de una organización del trabajo construida desde la institución del género <sup>25</sup>.

Las interacciones entre el espacio doméstico y el espacio laboral son fundamentales para comprender cómo la institución del género en las sociedades patriarcales genera desigualdad sexual. Por

<sup>25</sup> PAPI GÁLVEZ, N. y FRAU LLINARES, M.J. «La conciliación del empleo y del hogar: respuesta y reflejo de una organización del trabajo construida desde la institución del género». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. N.º 110 (2005), págs. 150-151.

tanto, observar ambos espacios en conjunto es tratar de dar respuesta a los obstáculos existentes para el desarrollo socioeconómico de las mujeres.

Las interacciones entre el ámbito laboral y familiar no es un discurso reciente. El llamado feminismo liberal y el feminismo socialista ya sacan a colación la necesidad de observar ambos ámbitos para comprender la desigualdad sexual en los procesos socioeconómicos.

Desde la experiencia, la incompatibilidad se vive principalmente en términos de falta de tiempo en tanto recurso limitado. Por este motivo, el conflicto que puede experimentar una persona en su vida cotidiana se traduce en la necesidad de sacrificar alguno de sus proyectos (profesionales y/o familiares). Este sacrificio toma sentido dentro de una organización de tareas (o división sexual del trabajo) en la que un solo sexo está adscrito a la esfera de la familia.

El estudio del conflicto entre trabajo y familia ha sido abordado desde los años setenta, vinculado a diferentes perspectivas y teorías.

## 7.2. La verdadera realidad social de la imposibilidad de conciliación de vida laboral y familiar <sup>26</sup>.

Según el análisis del imaginario colectivo sobre la conciliación, hemos comprobado que goza de un amplio sustento en el contrato social entre los géneros. Un contrato que hace posible el actual modelo *male breadwinner*. La visibilidad de lo argumentado se ha hecho patente a través de las siguientes constataciones:

- Son las mujeres quienes dicen soportar una mayor carga total de trabajo. Y son las de clase trabajadora, con posiciones laborales débiles y precarias, quienes padecen todas las consecuencias de no poder compaginar los distintos tiempos y trabajos en su vida cotidiana.
- Siempre existe una presencia femenina que asume el trabajo doméstico-familiar. Bien a través de la subcontratación de parte de ese trabajo (clases medias) o de las redes de soporte y apoyo que se establecen entre las mujeres (abuelas-madres-hijas o amigas y vecinas).
- El tiempo femenino es el tiempo de los demás, podríamos decir que las mujeres son ahora las grandes y únicas conciliadoras, pero no de su vida, sino de la del resto de la familia. Esto significa que ellas permiten a los demás poder vivir sus tiempos, su actividad laboral y su ocio, a costa de no tener tiempo para sí mismas, menor tiempo de ocio, doble presencia y mayor carga total de trabajo.
- Los hombres, en este desigual reparto, presentan una clara centralidad laboral que es la que siempre determina los otros tiempos y trabajos. Siendo esta centralidad la coartada perfecta para ausentarse del trabajo doméstico-familiar. Ellos consideran que su responsabilidad es la de ser un cabeza de familia, activo laboralmente y el principal proveedor de ingresos

<sup>26</sup> TORNOS, T., BORRÁS, V., y CARRASQUER, P. «La conciliación de la vida laboral y familiar: ¿un horizonte posible? *Sociología del trabajo*. N.º 50 (2004), págs. 132-135.

(*breadwinner*). Y consideran que la responsabilidad fundamental de la mujer es la de ocuparse de la ejecución y organización de las cuestiones relacionadas con el hogar-familia.

Las razones o explicaciones de este reparto desigual son la base donde se asientan las principales dificultades socioculturales de la conciliación. Estos son algunos de los argumentos que las avalan:

- En primer lugar, la falta de recursos materiales. Principalmente, la falta de guarderías, de centros de día, de residencias para personas ancianas, de servicios de atención a la vida diaria (SAD), de políticas familiares y de empleo que tengan en cuenta la flexibilidad horaria, según necesidades de quienes trabajan, etc. Siendo las clases trabajadoras las más perjudicadas por esta falta de servicios. En definitiva, una insuficiente voluntad política por parte de las administraciones y las políticas públicas de nuestro débil y precario Estado del Bienestar.
- En segundo lugar, con relación a los aspectos simbólico-culturales podemos apuntar la gran desvalorización y falta de consideración social del trabajo doméstico-familiar, sobre todo en los grupos de clases medias y mujeres profesionales. Lo cual se agrava si consideramos que estas son modelo de referencia para otras capas y grupos sociales más desfavorecidos. Al mismo tiempo, ello nos conduce a preguntarnos: ¿cómo van a entrar los hombres en un ámbito infravalorado socialmente que no ofrece prestigio ni estatus y del que están legitimados para ausentarse?
- En tercer lugar, el imaginario colectivo masculino muestra cómo los hombres utilizan una estrategia, de manera más o menos consciente, para poder librarse de la ejecución material de determinadas tareas doméstico-familiares. Esta estrategia consiste en señalar y mostrar una gran ignorancia y un gran desconocimiento ante estas tareas como excusa. Una ignorancia real y buscada para librarse del trabajo doméstico-familiar.
- En cuarto lugar, otra de las dificultades, que se desprende de este imaginario, es la relacionada con el trabajo del cuidado de los demás. Se considera como natural y normal que sean las madres y esposas las cuidadoras de hijos e hijas y ello se convierte, a nuestro parecer, en una barrera para la entrada de los hombres en este espacio, ya que se percibe como un espacio fundamentalmente femenino en el que se reconoce que el poder de decisión y gestión pertenece a las mujeres. Este poder que las mujeres mantienen desde la sumisión patriarcal ha sido obtenido por su dedicación cotidiana y difícilmente se va a ceder. La mayoría de los hombres no lo reclama, puesto que es una cesión interesada porque les supone tener una menor responsabilidad y realizar una menor carga de trabajo.
- En quinto lugar, esta situación, que puede resumirse en un no querer ceder femenino y en un no querer pensar masculino, sintetiza la mayoría de las dificultades de orden sociocultural que impiden lograr una mejor conciliación.

De hecho, podríamos resumir lo dicho hasta ahora afirmando que la ruptura que ha significado la entrada y permanencia de las mujeres en el espacio laboral no ha tenido su equivalencia en la entrada y presencia de los hombres en el ámbito doméstico-familiar. Esa presencia masculina solo ha sido llevada a cabo por una minoría y, por lo general, bajo un planteamiento de «ayuda» hacia un trabajo que los hom-

bres no sienten como su responsabilidad. Así, las mujeres dicen que los hombres no viven el hogar como un espacio suyo y les gustaría que hubiera una mayor corresponsabilidad entre ambos géneros. Entienden que ello les descargaría de trabajo y les permitiría una mayor disponibilidad de tiempo y una mejor conciliación. Pero ese deseo las atrapa social e individualmente. Les gustaría compartir las tareas y responsabilidades doméstico-familiares, pero, a su vez, sienten la presión familiar y social que les supone saberse las únicas supervisoras y gestoras del trabajo doméstico-familiar, cuando no de su completa ejecución.

Así las cosas, no resulta nada fácil la tarea de intentar la incorporación masculina al espacio doméstico-familiar mediante pactos o voluntades individuales, tal como reconocen las propias mujeres. Pero tampoco parece sencillo que los hombres compartan, en igualdad, la carga total de trabajo sin que las mujeres permitan esa presencia masculina en el hogar y no se sientan las responsables absolutas de lo que allí ocurre. El peso del actual contrato social entre los géneros es tan fuerte que ambos géneros interiorizan y naturalizan su comportamiento sin que habitualmente sean conscientes de ello. En esta tesitura las mujeres padecen las dificultades que implica sentirse responsables del trabajo doméstico-familiar, especialmente de su organización, al mismo tiempo que se ven incapaces o no saben cómo dar cabida a los hombres. Un colectivo que, a pesar de las excepciones, tampoco reclama ni el espacio ni las tareas, porque ello les supondría una pérdida inmediata y cotidiana de privilegios.

En definitiva, romper con esta división sexual del trabajo en el interior del hogar-familiar y, por consiguiente, con el imaginario colectivo del *male breadwinner* implica un gran esfuerzo colectivo. Requiere mostrar las raíces estructurales de tal división y la importancia política del pacto social que la mantiene. Como hemos señalado, se necesita cambiar las pautas, los valores y prestigios que hoy en día sostienen el mencionado modelo.

### 7.3. Igualdad de género y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: aspectos básicamente laborales <sup>27</sup>.

La conciliación de la esfera laboral y familiar constituye uno de los principales «caballos de batalla» para lograr una plasmación real de la igualdad de trato y de oportunidades en el mundo laboral, ya que el cuidado de menores o de otras personas dependientes (mayores, personas con discapacidad...), la realización de otras responsabilidades familiares y las tareas domésticas siguen siendo mayoritariamente tareas realizadas por las mujeres. De ahí que la existencia o no de hijos –o el número de los mismos en el hogar– condiciona de forma directa las tasas de empleo según el sexo de los trabajadores, de modo que, por ejemplo, si en los supuestos de no existencia de hijos, el diferencial de la tasa de empleos de las mujeres frente a los hombres en los países de la OCDE era de 11 puntos, este diferencial se elevaba a más de 32 en los casos de existencia en el hogar de dos o más hijos.

Por ello, uno de los retos que ha afrontado el Derecho Laboral y, en coherencia con el mismo, el de la Seguridad Social desde sus inicios, pero con mayor incidencia en las últimas décadas –como consecuencia de la progresiva, pero importante, incorporación de la mujer al trabajo–, es el de propiciar

<sup>27</sup> PANIZO ROBLES, J.A. «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y seguridad social: a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 290 (2007), págs. 29-34.

que los trabajadores puedan conciliar sus responsabilidades laborales y familiares, si bien desde una perspectiva de igualdad de género. Esta conciliación es hoy, además, «... una exigencia del sistema económico, de las mujeres para suprimir un importante obstáculo para el acceso y la promoción en el empleo, y para las propias familias, al favorecer que se atiendan adecuadamente las responsabilidades familiares y que se obtengan rentas que resultan indispensables para asegurar su bienestar».

A tal fin, el artículo 44 de la LOI establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se hayan de reconocer a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (estando en línea con determinados pronunciamientos judiciales que, ante la constatación de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a las mujeres, implican una discriminación por razón de sexo vedado por el artículo 14 de la CE, ha estimado diferentes recursos de amparo previendo que la prestación por maternidad se ha de conceder en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social e incorporando, con la finalidad de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, el derecho de los padres a un permiso y una prestación por paternidad.

Como acciones básicas tendentes a lograr mayor conciliación de la vida familiar y laboral desde una vertiente de igualdad de género, en la LOI se prevén las siguientes:

- a) El **derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo** para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario.
- b) El **establecimiento de un permiso de dos días** por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o –y en ello reside la novedad– intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario o de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- c) La **mejora del permiso por lactancia de un menor de nueve meses** consistente en la ausencia del trabajo en una hora, que puede dividirse en dos fracciones. Este derecho, que tiene el carácter de permiso retribuido y que abarca tanto la lactancia natural como la artificial, constituye *un mínimo* que puede ser mejorado a través de la negociación colectiva, el acuerdo de empresa o el contrato individual y que puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre del menor, en el supuesto de que ambos trabajen, correspondiendo a los interesados ejercitar la opción entre la hora de ausencia o las dos medias horas. No obstante, en el caso de que la mujer no fuese trabajadora, la interpretación de los Tribunales Superiores de Justicia es la de negar al padre el derecho al permiso.

Dos son las novedades incorporadas por la LOI: de una parte, ampliar el permiso en caso de parto múltiple aunque el silencio anterior del ET había sido completado, en sentido afirmativo, por la jurisprudencia; de otra, posibilitar la acumulación de la reducción de jornada en jornadas completas, en los términos que se recojan en la negociación colectiva o el acuerdo individual que resulte de aplicación.

Respecto de este permiso, al igual que en todos los previstos en los apartados 4 y 5 del artículo 37 del ET, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso, corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, teniendo la obligación de preavisar con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

- d) Se amplían los supuestos de **reducción de la jornada de trabajo** (con la reducción proporcional del salario) en los supuestos de guarda legal de un menor o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no realice una actividad retribuida, ya que si hasta ahora la edad del menor debía ser inferior a seis años, en la LOI se amplía hasta los ocho años flexibilizando, de igual modo, el abanico de la reducción de jornada que pasa a ser entre 1/8 y 1/2 (frente al abanico más cerrado anteriormente que se situaba entre 1/3 y 1/2). Al igual que sucede con el permiso de lactancia, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, teniendo la obligación de preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.
- e) Se mantiene la posibilidad de **ausencia de una hora del trabajo** (con mantenimiento de los derechos económicos) o de **reducción de la jornada de trabajo**, con la minoración proporcional del trabajo, hasta un máximo de dos horas al día, **en los casos de nacimiento de hijo prematuro** o que, por cualquier circunstancia, deba permanecer en el hospital a continuación del parto.
- f) La **acomodación del disfrute de las vacaciones laborales, cuando las mismas coinciden con un período de baja por maternidad**. En este ámbito, en el ordenamiento y la jurisprudencia existió una cierta vacilación en cuanto al cómputo del período de vacaciones, cuando durante las mismas acaecía un período de descanso por maternidad, decantándose por una interpretación consistente en que el período de suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad se computaban a efectos de la determinación y la duración de las vacaciones anuales retribuidas, situación que contrastaba con los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria en base a la Directiva 93/104/CE sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, ya que para el TJCE las vacaciones y la maternidad son dos derechos independientes, gozando ambos de especial protección por parte del ordenamiento comunitario, por lo que su disfrute en períodos diferentes queda amparado no solo en la Directiva 2003/88, sino también por la Directiva 76/207/CEE, ya que la imposibilidad de combinar su ejercicio implicaría una discriminación en contra de las mujeres.

En consecuencia, tras la Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004, tanto la protección del derecho a disfrutar de vacaciones como por efecto de las medidas de protección de la maternidad y la igualdad exigían que, en caso de coincidencia de los períodos de vacaciones y maternidad, se pudiesen alterar las fechas de disfrute de las vacaciones –elegidas anteriormente– para permitir su disfrute íntegro, con independencia de la fuente normativa que las regulara. La ausencia en el ordenamiento laboral español de una regulación que posibilitase la compatibilidad entre las vacaciones con el período de disfrute de la maternidad es completada por la LOI, mediante la inclusión de un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 38 del ET, en el sentido de que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario laboral de la empresa coincida en el tiempo con una IT derivada de

embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión por maternidad, se tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la IT o a la del disfrute del permiso que le correspondiera, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

#### 7.4. Nulidad del despido: no discriminación y conciliación de la vida laboral, personal y familiar <sup>28</sup>.

Desde hace tiempo el legislador se ha preocupado de la protección especial de los derechos laborales ligados a la protección de la mujer trabajadora (embarazo, parto, lactancia) y a la asunción por los trabajadores (varón y mujer) de las responsabilidades familiares frente a la extinción del contrato de trabajo por el empresario (despido). Se trata, en definitiva, de cumplir en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones de las Directivas 92/85 y 96/34, que reflejan la acción comunitaria decidida a favorecer la protección de la maternidad (incluidos embarazo, parto y lactancia) y a facilitar la conciliación del trabajo y de las responsabilidades familiares del trabajador. Si la solución adoptada en nuestro Derecho interno a finales de los años noventa era insuficiente e inadecuada, entre otras razones, porque no quedaba explicitada la protección de los derechos de conciliación cuando eran ejercitados por el padre (en cuanto varón) y porque cabía la calificación de improcedencia de la decisión extintiva empresarial con lo que, a la postre, la mujer embarazada o que hubiese dado a luz podría quedar fuera de la empresa, la LCVFL de 1999, transponiendo aquellas Directivas, incidió en las garantías frente al despido adoptando dos medidas cuyo objetivo principal era restringir, en un caso, deslegitimar, en otro, el despido.

Sobre la deslegitimación del despido –única perspectiva que aquí se va a contemplar– la LCVFL aclaró los supuestos de extinción del contrato de trabajo –despido objetivo y disciplinario– que, ligados a la protección de la maternidad y al ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y personal, debían merecer la calificación de nulidad, reduciendo, además, el inicial sistema tripartito de calificación (nulo, improcedente y procedente) a otro dual, en el que solo podría ser nulo o procedente. Expresaba el legislador que el despido será nulo «salvo que (...) se declare la procedencia de la decisión por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados» (arts. 53.4 y 55.5 ET), es decir, salvo que el empresario acredite que el despido se debe a motivos no relacionados con el embarazo, la maternidad o con la solicitud o ejercicio del derecho a la suspensión contractual, los permisos y excedencias para conciliar la vida familiar y laboral.

La LOI incide en la regulación de los supuestos de nulidad del despido por causas objetivas y del despido disciplinario siguiendo la estela formal de la LCVFL. En efecto, modifica los preceptos sustantivos y procesales concretos (para el despido objetivo, ET, art. 53.4 y LPL, art. 122.2; para el despido disciplinario, ET, art. 55.5 y LPL, art. 108.2). Mantiene la estructura análoga para los artículos 53.4 y 55.5 del ET, y en los mismos términos que la LCVFL, describiendo una regla general –será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley– y añadiendo, bajo la rúbrica «será también nulo el despido», supuestos en los que también se opta por esa calificación de la decisión extintiva del empresario. Se completa la lista de

<sup>28</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. «Despido y "móvil discriminatorio": garantías, sustantiva y procesal tras la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Actualidad laboral*. N.º 14 (2007), págs. 1.664-1.670.

supuestos de nulidad del despido que ofrecía la LCVFL añadiendo otros nuevos. Y, por último, parece seguir optando formalmente por el sistema dual de calificación del despido, reiterando al efecto, en los mismos términos que la LCVFL, que la decisión extintiva es nula «salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

De otro lado, para comprender en toda su extensión el alcance de la reforma en lo que refiere a las garantías frente al despido, se ha de conectar las reglas legales relativas a la calificación de nulidad de la decisión extintiva del empresario en los supuestos contemplados por la norma con el aspecto procesal trascendental de la actividad probatoria de las partes (demandante y demandado) en el eventual proceso judicial para fijar la certeza de los hechos y, en base a la misma, proceder el juez a declarar en su sentencia que el despido es nulo o procedente. De ahí que los preceptos relativos a la calificación del despido deban conectarse con otros previstos en la LOI, bien en su parte troncal (art. 13, relativo a la prueba en los procesos en los que se alegue discriminación por razón de sexo), bien en sus disposiciones adicionales (modificación del art. 217 LEC, relativo a la carga de la prueba), y con otros que, paradójicamente, no ha modificado esta ley, en concreto los artículos 96 y 179.2 de la LPL sobre la prueba en los procesos laborales en los que se alegue trato discriminatorio basado, entre otras razones, en el sexo.

Sobre la lista de supuestos de nulidad del despido resultante de la LCVFL, la LOI la completa con otros nuevos, que, ordenados según su finalidad, son:

- a) Aquellos que responden a los nuevos supuestos de suspensión del contrato de trabajo que, relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, introduce la LOI en el artículo 45 del ET. Estos supuestos son: 1. La extinción del contrato de trabajo durante la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural. 2. La extinción durante la suspensión del contrato por adopción, acogimiento, tanto preadoptivo como permanente y simple, de menores de edad mayores de seis años, discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción laboral. 3. La extinción del contrato de trabajo durante la suspensión del contrato por paternidad.
- b) Aquellos que salvan ahora las discordancias internas del ET, producidas tras reformas posteriores a 1999 y anteriores a la LOI. Estos supuestos son: 1. La extinción durante la suspensión del contrato por enfermedad causada por embarazo, parto o lactancia natural (en correspondencia así con su exclusión del cómputo como faltas de asistencia a los efectos del absentismo como causa de despido objetivo). 2. La extinción del contrato de trabajo durante el disfrute de permiso o reducción de jornada en caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (en correspondencia con el reconocimiento de un derecho al permiso introducido en el art. 37.4.bis ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio).
- c) Aquel que aparece *ex novo*, como garantía extra, y que pretende salir al paso de las críticas formuladas por la doctrina científica al considerar que tras la LCVFL quedaban desprotegidos los varones una vez incorporados a sus puestos de trabajo tras ejercer los permisos y

excedencias previstos legalmente. Se «blinda» ahora el despido, no solo durante el embarazo o durante la solicitud y disfrute de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, sino también durante un tiempo posterior al reingreso en la empresa tras la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento y paternidad. Téngase en cuenta que el blindaje queda condicionado ahora por el legislador a la concurrencia de dos requisitos: el primero, temporal, «siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento», lo que parece querer asimilarlo a la duración del permiso por lactancia o a la protección *ex ante*, la del embarazo, que se extiende, como máximo, hasta nueve meses antes del parto; el segundo, objetivo, limitando o restringiendo el supuesto a las tres exclusivas causas de suspensión que menciona ahora el legislador, sin que, parece, pueda interpretarse extensivamente el término maternidad para incluir la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia. Dicho de otra forma, configuradas hoy en el ET –maternidad y lactancia– como dos causas de suspensión autónomas, la referencia aquí a la «suspensión del contrato de trabajo por maternidad» solo cabe entenderla en su sentido técnico-jurídico, sin que queda asimilarla también a lactancia.

Descritas las modificaciones que en materia de nulidad de los despidos introduce la LOI, es preciso señalar que no se ha resuelto una de las cuestiones más conflictivas que la nulidad del despido en los supuestos citados se han planteado, tanto en la doctrina científica como en la doctrina judicial y en la jurisprudencia. Nos referimos, en concreto, a la polémica acerca de si en los preceptos legales, sustantivos y procesales, se regulan dos supuestos distintos de nulidad del despido, uno el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución o en la Ley (entre otras, por tanto, el sexo o las circunstancias personales o sociales o las cargas familiares) y otro el producido durante las situaciones arriba descritas; o, por el contrario, este segundo supuesto es solo la especificación del primero. Admitiendo la primera hipótesis, se distinguirá entre una nulidad subjetiva (la que requiere de una intención o ánimo discriminatorio del empresario) y una nulidad objetiva o *ex lege* o automática, que no exige móvil discriminatorio o, dicho de otra manera, que surge cualquiera que fuera el ánimo del empresario al adoptar su decisión extintiva.

Al margen de la trascendencia procesal de la diferente concepción de la nulidad, que se refleja en la actividad probatoria del/de la demandante (trabajador/trabajadora) y del demandado (empresario), en su vertiente sustantiva hay que indicar que la mayoría de la doctrina científica –respaldada por la doctrina judicial, en la creencia errónea que ello superaba los niveles de protección previstos en las normas comunitarias– avaló una concepción objetiva de la nulidad de los despidos producidos durante la situación de gestación, maternidad y solicitud y disfrute de permisos familiares. Obviando, por tanto, el dato de si el empresario conocía o no cualquiera de esas situaciones (circunstancia esta que incide, sobre todo, en el despido producido durante el embarazo) y exigiendo solo la constatación de esas circunstancias previstas legalmente. De suerte, incluso, que, con clara deficiencia técnico-jurídica, se dijo que estos nuevos supuestos de nulidad venían a establecer una «especie» de presunción *iuris et de iure*. Presunción conformada por un hecho base, la simple coincidencia temporal entre el despido y, por ejemplo, el embarazo, siempre que ambos fueran acreditados, y un hecho presunto, el «móvil» discriminatorio de la decisión extintiva. No obstante, esta construcción no atiende a un criterio de estricta dogmática jurídica, porque si, como se dice, lo que se deduce es el «móvil discriminatorio», se estaría infiriendo un aspecto volitivo que solo puede ser objeto de calificación jurídica por el juez, y no un

hecho (presunto) de otro previamente acreditado (indicio o hecho base), tal y como requiere la presunción en tanto mecanismo jurídico de fijación de certeza de los hechos. De otro lado, y solo en términos meramente dialécticos, si fuese una presunción, en ningún caso sería *iusuris et de iure*, sino *iusuris tantum* porque se estaría permitiendo que el empresario, perjudicado por la supuesta presunción, la destruyese mediante la prueba en contrario, es decir, a través de la acreditación de uno o varios hechos que permitan justificar su decisión extintiva y, por tanto, permitan enervar la calificación de nulidad.

No obstante esta posición mayoritaria, un sector de la doctrina científica y judicial y el Tribunal Supremo han cuestionado la concepción objetiva de la nulidad de los despidos en estas situaciones, en general, y en especial, en la de embarazo, adoptando, en contraposición a aquella, una subjetiva en virtud de la cual los supuestos de nulidad en estas situaciones son o pueden considerarse que sean supuestos concretos de discriminación o, según afirma el Tribunal Supremo, «supuestos particulares de despido discriminatorio (...) en los que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares». Concepción que, evidentemente, tiene su reflejo tanto en lo que refiere al objeto de la actividad probatoria exigida a las partes como en la calificación jurídica que haya de derivarse de la misma, de conformidad con las reglas legales de distribución de la actividad probatoria o carga de la prueba en sentido formal, previstas en la LEC, artículo 217 y LPL, artículos 96 y 179.2, preceptos estos últimos no modificados por la LOI.

Si los supuestos de nulidad de la decisión extintiva del empresario son concreciones del despido discriminatorio, el trabajador/trabajadora demandante habrá de desarrollar una mínima actividad probatoria, acreditando indicios necesarios de discriminación consistentes aquí en la constatación tanto de la decisión extintiva del empresario como de la circunstancia concreta protegida por la ley y del conocimiento de la misma por el empresario. Si ello es así, y llevando hasta sus últimos extremos la concepción subjetiva de nulidad, habría que entender que si en juicio no queda acreditado por el demandante el conocimiento empresarial de esos hechos, el empresario no tendría que justificar que su decisión es ajena totalmente a cualesquiera de las circunstancias que enumeran los artículos 53 y 55 del ET; y ello unido a que pudiera no existir falta grave o culpable del trabajador/trabajadora o a que el empresario reconociese la improcedencia, obligaría al juez a calificar la extinción como improcedente. Lo que para la situación primera, extinción durante el embarazo, y en particular durante el embarazo inicial, que puede desconocerse incluso por la trabajadora en el momento en que se produce el despido, supondría el restablecimiento del sistema triple de calificación jurídica del despido.

Del mismo modo, cabría entender que, acreditado el conocimiento empresarial de esas situaciones (especialmente fácil cuando el embarazo es ostensible o, en los demás casos, porque sencillamente el trabajador/trabajadora habrá solicitado el permiso o estará disfrutando de ellos o habrá solicitado el reingreso en la empresa tras la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad), la actividad probatoria del empresario no sería diferente a la que se exige para el supuesto general de «despido discriminatorio». No habría especialidad probatoria alguna respecto de los despidos discriminatorios por razón de sexo o por razones personales o sociales, sencillamente porque si, de conformidad con lo dispuesto en los preceptos estatutarios, el empresario ha de justificar que el despido se ha debido a motivos no relacionados con el embarazo, permisos o cualesquiera de las otras circunstancias, de los artículos 96 y 179.2 de la LPL se deduce que, implícitamente, se está exigiendo también aquí que el empresario acredite la existencia de otras circunstancias objeti-

vas, razonables y proporcionales a su decisión extintiva. Aspecto sustancialmente diferente es que la regla legal especial para los supuestos particulares de discriminación del ET, listados en los artículos 53.4 y 55.5, sea restringir los resultados de esta actividad probatoria del empresario a la calificación de procedencia (excluyendo la de improcedencia), tal vez como expresión de una opción de política legislativa –que la LOI mantiene en los mismos términos que la LCVFL– consistente en evitar que, acreditadas esas circunstancias por el trabajador/la trabajadora demandante, el empresario justifique su decisión extintiva en razones ajenas pero no proporcionales a esa decisión de la que resultase una declaración de improcedencia, contradictoria con la especial protección de las circunstancias vitales relacionadas con la conciliación de la vida familiar, personal y laboral porque, sencillamente, la improcedencia no garantiza la continuidad de la relación laboral, sino la extinción indemnizada de la misma.

Si, como decíamos, es la descrita una controversia jurídica que, desde perspectivas diferentes, no puede darse por zanjada y que crea enorme inseguridad jurídica, la LOI debería haber reparado en la necesidad de adoptar una solución al respecto. En vez de haber mantenido la redacción en los términos que introdujo la LCVFL, se debería haber previsto que los despidos producidos durante el embarazo, una vez solicitados o durante el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal y, ahora también, una vez ejercitados, durante nueve meses después del nacimiento o adopción, tendrán el mismo tratamiento que los despidos discriminatorios o los que se produzcan con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. Si en vigor la reforma operada por la LCVFL, ya se apreció por la doctrina que la opción legislativa era poco justificada, ahora es, claramente contradictoria con lo dispuesto en la propia y contraproducente con el objetivo legal de promover la igualdad efectiva de la mujer en el ámbito de las relaciones laborales. En efecto, si como expresa la ley, es discriminatoria por razón de sexo la diferencia de trato que tiene que ver con el embarazo y la maternidad –entendida esta en sentido amplio, incluyendo aquí la reciente, o lactancia–, ninguna razón justifica que haya distinta protección respecto de los despidos discriminatorios «por razón de sexo», sencillamente porque es lo mismo. Si como la ley expresa, se prohíbe toda discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal (art. 42) –la ley no expresa que se prohíba toda discriminación por razón de sexo en su ejercicio–, habrá que entender que la LOI está tácitamente prohibiendo los despidos de los trabajadores y trabajadoras cuando ejercen los derechos de conciliación legalmente reconocidos, introduciendo así una causa de discriminación «la razón personal o social», que no puede tener un tratamiento diferente respecto de, en general, los despidos discriminatorios y, en particular, los despidos discriminatorios por razón de sexo. Si ello fuera así, tanto unos, los despidos discriminatorios por razón de sexo como otros, los despidos discriminatorios por razón personal o social exigirían de ánimo discriminatorio en la decisión extintiva empresarial y, en consecuencia, en el ámbito procesal se reflejaría en la coincidencia en ambos supuestos tanto de la actividad probatoria de demandante (trabajador/trabajadora) como de la del demandado (empresario). Sin perjuicio de lo que después se diga al analizar la «acreditación de indicios y móvil discriminatorio», es indudable que el trabajador/trabajadora tendrán que acreditar –normalmente mediante la actividad probatoria, aunque no es descartable la utilización de cualquier otro mecanismo de fijación de certeza de los hechos– los mismos indicios, necesarios, indispensables y «flexibles», de los que derive un comportamiento discriminatorio del empresario y que permitan, de conformidad con las normas legales (LOI, art. 13; LEC, art. 217; y LPL, arts. 96 y 179.2), calificar como nulo cualquier despido discrimina-

rio. Lo que, sin duda, tendrá sus efectos sobre dos de los supuestos especialmente cuestionables en la lista de los preceptos estatutarios, uno, ya tradicional, el del despido durante el embarazo, que exigirá la constatación del estado de gestación y su conocimiento por el empresario y otro, actual, el del despido producido tras la reincorporación del trabajador/trabajadora que haya suspendido su contrato de trabajo por maternidad, adopción y acogimiento o paternidad, que exigirá de la acreditación de indicios más exigentes que la mera constatación del supuesto para poder deducir la calificación de la discriminación. Lo contrario, es decir, no exigir el conocimiento empresarial en caso de embarazo y deslegitimar una conducta empresarial cuando desconoce la situación que se pretende proteger por la norma es, sencillamente, una medida pseudoproteccionista, que generará un efecto adverso contrario al que se pretende tutelar, la igualdad efectiva de la mujer en el trabajo; no exigir que el trabajador/la trabajadora acredite indicios suficientes para deducir la calificación de la discriminación en los despidos *ex post* hasta pasados nueve meses desde el nacimiento o adopción es gravar tal vez en exceso al empresario.

De ahí que, tanto en unos los despidos «discriminatorios por razón de sexo» como en otros, los despidos «discriminatorios por razón personal o social o por razón de cargas familiares» el empresario pueda, también, aportar una justificación de su decisión extintiva que sea objetiva, razonada y proporcional, que, es cierto, variará considerablemente según el supuesto en el que se encuentre el trabajador/la trabajadora. Más difícil en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo (riesgo durante el embarazo, maternidad, riesgo durante la lactancia, paternidad, excedencia), aunque durante los mismos subsisten obligaciones entre las partes derivadas del deber de buena fe, y mayor posibilidad en otros (gestación, permisos, reducciones de jornada, y reincorporación tras maternidad, adopción y paternidad) puesto que aquí, al no estar suspendido el contrato de trabajo, el empresario puede justificar que concurren las causas que fundamentan un despido objetivo o que la trabajadora o el trabajador ha incurrido en un incumplimiento grave y culpable que fundamente el despido disciplinario.

## 8. DESIGUALDAD DE SALARIOS ENTRE MUJERES Y HOMBRES: EL PESO DE LA DISCRIMINACIÓN<sup>29</sup>

La feminización de la población activa es un fenómeno incontestable en la actualidad. Pero este aumento de la tasa de actividad se ha producido sin que las mujeres abandonasen su estatus de mujeres en el mercado de trabajo.

Las desigualdades de salario medio no son, en cierto sentido, más que la parte visible del iceberg. Reflejan la dificultad de las mujeres para insertarse en el mercado de trabajo en igualdad a los hombres. ¿De dónde vienen estas dificultades? ¿Mediante qué mecanismos el sexo influye en la determinación de la carrera profesional y del salario? ¿Sufren las mujeres comportamientos discriminatorios? ¿Cuáles? ¿O bien, sus preferencias explican su estatus en el mercado de trabajo? En general, en estos términos se debate la cuestión de las desigualdades salariales entre hombres y mujeres.

<sup>29</sup> CURRAIZE, Y. «Desigualdad de salarios entre mujeres y hombres: el peso de la discriminación» Parte I. Trad. de: «Inégalités de salaires entre femmes et hommes: le poids de la discrimination», pub. en *Problèmes économiques*, N.º 2857 (2004) págs. 41-48. *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N.º 114 (2005), págs. 40-43 y 47-48.

El análisis factual del mercado de trabajo muestra que la diferencia salarial media entre hombres y mujeres proviene, en gran parte, de las diferencias de las características en el mercado de trabajo. El grupo de las mujeres se caracteriza por tasas de participación y tiempo de trabajo menores que los de los hombres y por carreras discontinuas que disminuyen su experiencia profesional. Las mujeres tienen un nivel de formación idéntico al de los hombres, pero eligen ramas diferentes. Por último, ocupan puestos que, en términos medios, están menos cualificados, y permanecen instaladas en sectores poco remuneradores. Todas esas características influyen en el nivel de sus salarios.

De forma general, la discriminación sexual consiste en tratar de manera diferente a los hombres y a las mujeres que se encuentran en una situación comparable.

En un momento dado, las mujeres pueden sufrir una discriminación en el mercado de trabajo por parte de los empleadores. Puede tratarse de actitudes que consistan en restringir el acceso a ciertos puestos o niveles jerárquicos (la discriminación en la contratación) o a remunerar de forma diferente a las mujeres cuyas características fuesen, por otra parte, idénticas a las de los hombres (discriminación salarial).

En fin, la discriminación no se ejerce solamente en la esfera productiva. Las mujeres pueden sufrir actitudes discriminatorias a lo largo de su vida en campos tan diversos como la educación, la esfera doméstica o incluso la política.

La multiplicación de este tipo de comportamientos discriminatorios puede tener efectos a largo plazo en el reparto de empleos entre hombres y mujeres y, en consecuencia, en las desigualdades salariales. Otro ejemplo: el papel tradicional atribuido a las mujeres en la esfera doméstica también tiene su efecto en las interrupciones de las carreras profesionales o en la elección de trabajos a tiempo parcial, con la consiguiente repercusión a nivel salarial.

De todas formas, la relación entre el salario de los hombres y el salario de las mujeres que prevalecería en ausencia de discriminación y reflejaría sus verdaderas elecciones y su verdadera productividad no puede ser simplemente deducido de lo que se observa en una muestra o una población en un momento del tiempo.

La gran mayoría de los estudios se han centrado solamente en la discriminación salarial, es decir, en el hecho de pagar de forma diferente a las mujeres y a los hombres que ocupan los mismos empleos y que están idénticamente cualificados.

Los estudios concluyen que las mujeres padecen, por término medio, una pérdida de salario, en comparación con los hombres, del orden del 10 al 15 por 100 a causa de la discriminación salarial, y en la mayor parte de esos estudios esa discriminación es debida en una parte no desdeñable a la diferencia de salario medio entre hombres y mujeres.

Es destacado lo conectado que está lo doméstico con lo profesional. Es imposible hacer una división tajante y que la problemática doméstica, personal y familiar del trabajador no incida de alguna

manera en su rendimiento. En un marco neoclásico<sup>30</sup>, por ejemplo, en el que el objetivo de los empleadores es maximizar el beneficio, no es de interés para ellos el practicar una política discriminatoria. En efecto, una empresa que discrimina ve disminuir su beneficio en la medida en que la adecuación entre la productividad real de las mujeres y los puestos que ocupan está adulterada. Por el contrario, los empleadores que no discriminan ven aumentar su beneficio, porque la discriminación en situación de competencia pura y perfecta reduce el coste de utilización de la mano de obra femenina, a igualdad de competencias entre hombres y mujeres. Estos empleadores tienen interés en contratar mujeres. Eliminan así a sus competidores que discriminan. La discriminación no es pues una situación defendible más que si todos los empleadores discriminan y adoptan un comportamiento de colusión en contra de las mujeres. Si esto último no se produce, la discriminación es eliminada por las fuerzas del mercado.

Los empleadores son proclives a practicar la discriminación y apenas valoran la productividad de las mujeres, lo que da lugar a menores remuneraciones para las mujeres que para los hombres.

Dicho de otra forma, la estructura del mercado del empleo puede seguir siendo sexuada incluso en ausencia de discriminación por parte de los empleadores si dicha discriminación encuentra su explicación solamente en el gusto de ir contra las mujeres o en la falta de información sobre su productividad.

Para los teóricos del capital humano, las características de la organización de la vida doméstica constituyen parámetros esenciales de la división sexual del trabajo. El hecho de que, en términos medios, las mujeres tengan características productivas observables y, en consecuencia, salarios diferentes a los hombres hay que buscarlo en la asignación sexuada del tiempo doméstico y no doméstico en el seno de las parejas.

La asignación del tiempo entre esfera productiva y esfera doméstica está en la práctica, incluso hoy en día, en general, a favor de los hombres en el mercado de trabajo. Si bien las parejas monoactivas ya no son mayoritarias, el salario de las mujeres sigue siendo a menudo un salario complementario mientras que los hombres se especializan en el trabajo mercantil.

Si, puesto que la separación de papeles entre las mujeres y los hombres viene a reforzar las creencias y, por tanto, los comportamientos discriminatorios de los empleadores. Si las mujeres como media se conforman con el papel que se espera que jueguen, validan las creencias de los empleadores, lo que, de rechazo, les desfavorece.

Las decisiones de promociones y la política salarial dependen entonces de las previsiones de los empleadores en cuanto a la vinculación de las mujeres al trabajo. Esta percepción se basa en el hecho de que las mujeres tienen una vinculación al mercado de trabajo menor que los hombres debido a interacciones más fuertes en términos medios para ellas que para los hombres entre la esfera productiva y la esfera doméstica. En consecuencia, el coste de la atribución de una promoción para la mujer es mayor que para el hombre. Las mujeres solo consiguen promociones si el empleador está

<sup>30</sup> CURRAIZE, Y. «Desigualdad de salarios entre mujeres y hombres: el peso de la discriminación» Parte II. Trad. de: «Inégalité de salaires entre femmes et hommes: le poids de la discrimination», pub. en *Problèmes économiques*, N.º 2857 (2004), págs. 41-48. *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. N.º 115 (2005), págs. 35-37 y 39-41.

seguro de que no dejarán la empresa o, incluso, este exige de ellas capacidades superiores a las de los hombres con el fin de compensar su mayor probabilidad de retirada.

Como resumen enumeramos los siguientes puntos: en primer lugar, la adopción de prácticas discriminatorias por parte de las empresas está relacionada con los efectos del reparto de tareas entre hombres y mujeres (esfera productiva/esfera doméstica). En segundo lugar, si las empresas revisan sus prejuicios en base a la observación de las cualificaciones de las mujeres y estas han asumido ya los comportamientos discriminatorios, los estereotipos necesariamente han de perdurar, perjudicando a aquellas que desean salir de esta sujeción, hacer carrera y participar sin interrupciones en el mercado de trabajo ¿Se puede salir de ahí?

## 9. CONCLUSIÓN

Los acosos sexual y moral y psicológico en el trabajo, pueden considerarse riesgos laborales, que inciden, en mayor medida, sobre la mujer trabajadora. También deben ser tratados desde el punto de vista de los derechos laborales de las trabajadoras.

Sin duda, es la responsabilidad no compartida de la mujer en el ámbito doméstico y familiar la que la priva de una mayor consolidación en el ámbito laboral. Y todo ello, a pesar de dedicar multitud de esfuerzos en su preparación académica, para su posterior desarrollo en el ámbito profesional.

La Ley de Igualdad efectiva de mujeres y hombres es un nuevo intento de solventar esta situación injusta. Ya hay planes de igualdad, pero es pronto para hacer un balance acerca de la repercusión de los mismos y su verdadera eficacia para atajar la discriminación laboral que se ejerce sobre las mujeres.

La creación del Ministerio para la Igualdad parece otro nuevo intento de paliar sin éxito el menoscabo sufrido por la mitad de la población, de la cual no hay que olvidar su importante contribución a la sociedad. Ninguna sociedad puede avanzar de verdad cuando se permite que situaciones como la violencia contra las mujeres se permita a todos los niveles. Aquí he tratado la situación en el ámbito laboral. Hay que reseñar lo conectada que está la violencia de género con el acoso laboral, son situaciones en ámbitos diferentes pero con una nota común, la violencia machista ejercida contra las mujeres.

Lo último ya es elegir a una ministra embarazada, sería impensable que una mujer embarazada fuera contratada en una empresa privada. Sería un tanto pretencioso y poco realista pensar que se puede acabar con la desigualdad mediante normativas que parecen más beneficiosas para determinadas élites que para las mujeres que realmente necesitan de una efectiva igualdad de oportunidades.

En la sociedad debe concienciarse a todo individuo de que este tipo de situaciones no se van a tolerar y que hay unos valores y unas pautas de conducta de respeto que se deben de inculcar en la familia, los colegios, las universidades, en la sociedad en general y finalmente en la empresa.